

LA CONDITION JURIDIQUE
DES PERSONNES PHYSIQUES
ET DES
PERSONNES MORALES
AVANT LEUR NAISSANCE

" Homo est, qui futurus est "
TERTULLIEN (Apologétique IX)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1938, à heures

PAR

Louis SÉBAG

Licencié ès Lettres

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
et du Concours Général des Facultés de Droit

JURY... } *Président : M. NIBOYET, professeur.*
 } *Suffragants { MM. BASDEVANT, professeur.*
 AMIAUD, professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1938

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES PHYSIQUES ET DES PERSONNES MORALES AVANT LEUR NAISSANCE

" Homo est, qui futurus est "
TERTULLIEN (Apologétique IX)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1938, à heures

PAR

Louis SÉBAG

Licencié ès Lettres

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

et du Concours Général des Facultés de Droit

JURY... } *Président* : M. NIBOYET, professeur.
 } *Suffragants* } MM. BASDEVANT, professeur.
 AMIAUD, professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

1938



A MES CHERS PARENTS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

EN HOMMAGE
A LA MEMOIRE DE
M. EUGÈNE BALLIMAN
AVOCAT AUX CONSEILS

INTRODUCTION

Ayant à étudier dans cet Essai, la condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, nous devons définir dès l'abord la notion de personne future. Cette définition serait immédiate si le Droit était une langue bien faite où des mots précis définiraient des réalités distinctes. Mais le Droit n'atteint pas cette perfection : il se transforme sans cesse ; certains termes changent de signification ou cessent de correspondre à une réalité juridique ; ils font alors double emploi avec d'autres.

Ainsi quand on parle des personnes futures, on ajoute qu'elles sont indéterminées ou incertaines. Tous ces mots correspondent-ils à une notion unique ? S'appliquent-ils, au contraire, chacun à une réalité différente ? Voilà la question.

**

On a défini la personne future de la manière suivante : « Personne qui n'est pas encore née ou conçue au moment où se produit un fait ou un acte juridique. » ¹

Cette définition concerne des réalités juridiques diverses. Dans le monde des personnes physiques, les mots : conception et naissance visent des réalités naturelles ; est une personne future, l'être qui n'est pas conçu, « l'enfant à naître ».

L'enfant conçu n'est pas une personne future : il est déjà doué de la vie et le Droit le considère comme né dans la mesure où son intérêt l'exige.

Si nous pénétrons dans le domaine des personnes morales de Droit privé, les termes auront un sens figuré :

1. Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, V^o *Personne future*.

une personne morale sera née quand ses fondateurs auront rempli les formalités fixées par la loi pour qu'elle obtienne la personnalité juridique : les sociétés en formation, les associations au cours de la période constitutive, les fondations avant la déclaration d'utilité publique, sont des personnes futures. La notion de personne future intervient également en Droit public.

Mais la distinction entre la conception et la naissance valable pour les personnes physiques ne peut plus être faite dès que l'on envisage les personnes morales : on pourrait songer sans doute à parler de conception quand le projet de formation de la personne morale a déjà pris corps et que celle-ci a une certaine organisation interne. Mais il convient d'écarter cette notion : dans cette matière plus que dans toute autre, le raisonnement par analogie est dangereux.

Il y a donc simplement, selon nous, des personnes morales présentes, régulièrement constituées, et des personnes morales futures qui ne le sont encore pas.

Ce caractère « futur » des personnes ainsi définies est évidemment relatif : une personne n'est future que par rapport à un fait ou un acte juridique déterminés.



Voici maintenant la définition de la personne indéterminée. Est indéterminée la personne dont l'identité, ignorée au moment où se produit un fait ou un acte juridique, ne pourra être ultérieurement connue.

On ne peut juridiquement appeler indéterminée une personne qui est déterminable. Cette manière de voir est moderne et s'oppose à la conception admise par Rome et l'ancien Droit.

L'indétermination ainsi entendue est un obstacle d'ordre matériel : on ne peut reconnaître des droits à des personnes que l'on ne peut identifier : ainsi s'explique la nullité consacrée par la Jurisprudence des legs faits à des personnes indéterminées. Exemple : legs à employer en bonnes œuvres.

Les notions de personne future et de personne indéterminée sont donc bien distinctes : une personne future n'est pas nécessairement indéterminée : l'enfant conçu, l'enfant à naître dont on indique le nom du père, sont parfaitement déterminés.

*
**

Il nous reste à faire justice de la notion de personne incertaine. On rencontre souvent le mot dans des arrêts concernant indifféremment des personnes futures ou indéterminées.

En Droit romain, l'expression *personae incertae* avait un sens précis : les *personae incertae* étaient celles dont le testateur ne pouvait se faire une idée précise au moment de sa disposition. Exemple : celui qui donnerait sa fille en mariage au fils du testateur ; ou encore, les citoyens qui seraient nommés consuls après son décès. Un rescrit d'Hadrien les avait déclarées incapables de recevoir des legs ou des fidéicommiss.

Cette notion et cette incapacité ont-elles été consacrées par nos Codes ? Il n'en est pas question.

Cette notion correspond-elle à une réalité juridique ? Pas du tout : ces *personae incertae* sont des personnes frappées d'une indétermination provisoire, et qui sont en un sens parfaitement déterminées.

Il ne reste plus que le sens étymologique, la signification courante, souvent admise par la Jurisprudence. Une personne incertaine est une personne, dont on ne sait pas au moment où se produit un acte ou un fait juridique, si elle aura la personnalité juridique.

On voit d'abord que la notion prise dans ce dernier sens fait double emploi avec celle de personne future : une personne future est nécessairement incertaine : des obstacles peuvent toujours empêcher l'enfant de naître, d'arriver à la vie.

Cette notion de personne incertaine est dès lors inutile et par là même dangereuse, car elle peut être une source de confusions. Il convient donc sinon de la bannir

définitivement de toute analyse juridique, du moins de la conserver dans la mesure seulement où elle permet de mettre en lumière *l'incertitude sur l'existence des personnes futures*.

**
**

En résumé, un acteur de la vie juridique ne peut avoir affaire qu'à des personnes déterminées ou déterminables. Ces personnes peuvent être présentes, simplement conçues, ou futures.

Nous voulons étudier dans les pages qui vont suivre ces personnes futures dans la mesure où elles sont des sujets de droit.

Cet objet peut paraître paradoxal : s'occuper de personnes futures, c'est-à-dire de personnes qui n'existent pas, autant s'occuper du néant. Rationnellement, ces personnes ne peuvent être ni créancières, ni débitrices. S'intéresser aux personnes conçues est encore légitime ; les textes du Code civil, la maxime *infans conceptus*, ne laissent pas de place au doute. Mais il ne peut être question de Droit des personnes à naître, les Codes leur déniaient l'existence juridique.

De nos jours, cependant, par suite de l'évolution du Droit, la question des personnes futures ne se présente plus de la même façon. La géométrie juridique a cessé d'être plane : elle ne néglige plus la profondeur dans laquelle naissent les rapports des générations¹. Un courant de sympathie va vers ces personnes de demain. Ce courant est alimenté par les idées nouvelles sur la notion de sujet de droit.

§ 1.

Il est une vérité d'évidence que l'on doit admettre : le Droit a été créé par l'homme et pour l'homme. Les Grecs et les Romains l'avaient remarqué avant nous.

1. Alcalá-Zamora, *Le pouvoir juridique sur ce qui est au delà de la vie*, Sirey, 1934, p. 20.

L'homme fuit la douleur et recherche le plaisir. Il recherche la satisfaction de ses intérêts matériels et moraux. Et non pas la satisfaction passagère de ses désirs mais la consécration permanente de ses aspirations. Le Droit, facteur de stabilité, répond à ce besoin.

Ihering a pu dire : « Tout Droit privé existe pour assurer à l'homme un avantage quelconque, pour venir en aide à ses besoins, pour sauvegarder ses intérêts, et concourir à l'accomplissement des buts de sa vie. Le destinataire de tout Droit, c'est l'homme. »

Le Droit privé embrasse l'ensemble de ces facultés, de ces pouvoirs juridiques dont jouissent les membres de la cité.

Sur ce donné, naturel en un sens, a germé une plante vivace : la théorie du sujet de droit. Dans le domaine de la vie civile, les juristes ont mis l'accent non plus sur les droits dont on jouissait, mais sur les titulaires qui jouissaient de ces droits. Le sujet de droit a éclipsé le Droit ¹.

La détermination des titulaires des droits subjectifs a varié. Les lois de la Grèce et de Rome considéraient que seuls l'homme libre et le citoyen pouvaient être sujets de droit. L'esclave et l'étranger, dans le pur Droit romain, n'avaient pas de personnalité. Preuve flagrante du caractère artificiel de la notion.

Le Droit moderne admet aujourd'hui que tout homme est sujet de droit actif et passif depuis sa naissance jusqu'à sa mort. En Droit français, tous les hommes sont des personnes : la mort civile a été supprimée par la loi du 31 mai 1854. L'esclavage a été aboli dans toutes les colonies françaises par le décret du 27 avril 1848. Mais avant même l'abolition définitive, les esclaves avaient été rangés dans la classe des personnes par la loi du 24 avril 1833 et par l'ordonnance du 4 août 1833. La loi du 18 juillet 1845 leur avait même attribué une capacité juridique assez étendue ².

1. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 2^e partie, II, ch. II, p. 320 et suiv.

2. Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e édit., n° 94.

Les mêmes principes sont consacrés par le Code civil allemand (art. 1^{er}). En Droit français comme en Droit allemand, l'enfant conçu bénéficie d'un statut spécial (art. 725 et 906 Code civil français et art. 1923, 2048, 2178 Code civil allemand).

L'article 31 du Code civil suisse va plus loin : il donne comme point de départ de la capacité de jouissance, la conception, à la condition que l'enfant naisse vivant.

On a pris le cas le plus simple qui s'est présenté à l'esprit : l'homme sujet de droit et on a généralisé cette notion vulgaire et concrète.

Mais cette théorie, construction séduisante de l'esprit, a pris bientôt un caractère impératif. L'artificiel, au lieu de rester soumis aux éléments naturels qui l'avaient suggéré, a prétendu s'en affranchir.

Et aujourd'hui, selon la théorie classique, on admet comme nécessaire et suffisant cet axiome que tout Droit implique à titre de support sans lequel il ne saurait subsister, une personne vivante ¹.

Les conséquences qui en découlent sont faciles à énoncer : les morts n'ont aucune qualité juridique. Une personne qui n'est pas présente à moins qu'elle ne soit conçue ne peut bénéficier d'aucun droit. Enfin, les personnes morales et les enfants conçus doivent leur personnalité à une faveur artificielle de la législation positive.

Tout appartient aux vivants, et les générations futures sont rejetées dans les brumes de l'avenir.

Ce triomphe de la théorie s'explique par des considérations diverses : on a longtemps confondu incapacité d'exercice et incapacité de jouissance. Or, les personnes futures sont nécessairement privées de la capacité d'exercice. De là à les priver de la capacité de jouissance, il n'y avait qu'un pas.

Mais surtout l'utilité générale, en règle normale veut que l'on veille surtout aux intérêts présents.

S'il se présentait toutefois une situation où apparaisse

1. François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, § 65.

pour une personne future un intérêt sérieux à rencontrer tout prêt un droit créé pour elle avant sa conception, sans qu'une raison d'ordre général vienne contrarier ici l'utilité particulière, ce n'est pas la logique d'une prétendue construction juridique qui devra empêcher d'y donner satisfaction¹. La loi elle-même l'a reconnu en admettant les substitutions permises (art. 1048, 1050, 1053, Code civil). Des parents peuvent ainsi léguer ou donner la quotité disponible de leurs biens à leurs enfants avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître au premier degré seulement. Sans doute a-t-on pu dire que l'appelé non-conçu recueillera les biens substitués des mains du grevé, canal nécessaire entre lui et le disposant. Mais dans la théorie orthodoxe des substitutions, l'appelé tient ses droits du disposant seul.

Dans les donations en faveur du mariage, le Code civil admet les libéralités adressées aux enfants à naître (art. 1082).

De même en cas de déchéance de la puissance paternelle la loi a permis au juge de pourvoir à la protection d'enfants non encore nés ni même conçus (art. 9 de la loi du 24 juillet 1889).

Nous pourrions, au surplus, donner d'autres exemples légaux. L'exception confirme la règle diront les irréductibles. Mais, si le principe comportait l'armature logique qu'on lui prête, le législateur, organe parfait du Droit positif y pourrait-il porter atteinte ? Nous ne le croyons pas².

Il convient même de considérer les articles 725 et 906 du Code civil comme des exceptions à un principe général de capacité des personnes futures. Ce principe, nous le verrons, a existé dans l'ancien Droit.

Une erreur s'est donc glissée dans la théorie classique du sujet de droit. Mais quelle est-elle ?

1. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *ibidem*.

2. Gény, *ibidem*.

§ 2.

Il ne suffit pas d'insister sur le caractère éminemment humain du Droit. Il faut pousser plus loin l'analyse. L'élément essentiel du Droit est-il l'idée de *volonté* humaine ou bien celle *d'intérêt* humain ?

Les juristes ont mis en lumière l'une et l'autre tour à tour. M. Saleilles¹ a écrit qu'il fallait mettre au premier rang la notion de pouvoir qui est la caractéristique du Droit. D'autres ont insisté sur le côté *volonté* : l'être juridique, c'est celui qui *veut*.

Mais la volonté est nécessaire tout au plus pour la mise en œuvre du Droit². Et puis, comment dans cette conception reconnaître un droit là où il n'y a pas de volonté.

Ces objections ont leur force : on ne les écarte que par des nuances verbales : on parle alors de volonté potentielle³, on dira des fous que ce sont des personnes demi-fictives⁴.

Nous préférons avec Ihering⁵ remarquer que le Droit est un intérêt juridiquement protégé. Le véritable ayant droit est celui qui peut prétendre, non à vouloir, mais à profiter. La fin du Droit est la satisfaction et le plaisir. Voilà le donné naturel. « Le Droit apparaît ainsi comme une chose infiniment belle, la communion de ceux qui peuvent souffrir. »⁶

Nous avons précisé quel était l'élément essentiel du Droit. Nous devinons maintenant quelle était l'erreur qui s'était subrepticement glissée dans la théorie classique du sujet de droit. Cette théorie est assise sur la conception du droit-pouvoir. Le sujet de droit est celui qui peut ou qui *veut*. Les personnes futures sont par là même

1. M. Saleilles, *La personnalité juridique*.

2. E. Picard, *Pandectes Belges*, t. II, Introduction, p. xtx.

3. Bernatzik, « Kritische Studien über den Begriff des juristischen Person », *Archiv. für öffentlich Recht*, 1890, p. 159, cité par Demogue, *op. cit.*, p. 325.

4. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, p. 220 et 221.

5. Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 323.

6. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 331.

exclues, car elles ne peuvent matériellement pas *vouloir*.

Il n'en est plus de même dans la conception du droit-intérêt. Et l'on peut maintenant songer à utiliser la notion de sujet de droit, dans les voies nouvelles que la doctrine lui a tracées.

La qualité de sujet de droit appartiendra aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité. Pour des raisons de commodité juridique et psychologique, on personnifie l'intérêt protégé.

§ 3.

On ne saurait songer, en effet, à abandonner, comme le propose M. Duguit, les notions de sujet de droit et de droit subjectif.

Pour M. Duguit¹, le fait essentiel de la vie en société, c'est la solidarité par similitudes et par division du travail. Or, la solidarité commande la répartition des fonctions. Dans le Droit privé, l'autonomie de l'individu fera place dès lors à la *fonction sociale*, qui détermine toutes les situations juridiques. Duguit arrive ainsi à proposer de substituer à la notion de sujet de droit, celle de but conforme à la fonction sociale. Il songe ainsi à une règle de droit supérieure à toutes les contingences et constituant un droit objectif. Nous préciserons par un exemple.

La victime d'un délit, d'après la conception courante, a le droit d'en poursuivre la réparation. Duguit écarte cette théorie. Le droit ne vient pas du délit. En réalité, la victime agit conformément à la loi en demandant la réparation d'un acte contraire à la loi. Il n'y a pas à son profit de droit subjectif.

M. Duguit admettra de la même façon la validité des fondations privées même réalisées par acte testamen-

1. Duguit, *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, cité par Gény, II ch. VII.

taire, du moment que l'absence de légataire est corrigée par un but conforme à la solidarité sociale.

C'est ainsi par le truchement du Droit objectif que M. Duguit arrive indirectement à doter les personnes futures de la vie juridique.

En effet, et ici nous dépassons peut-être la pensée de M. Duguit, y a-t-il solidarité sociale plus puissante que celle qui relie les générations, lien noué au-dessus du présent et qui rattache le passé à l'avenir.

Et pour reprendre l'image de Pascal, toute la suite des hommes, pendant le cours de tant de siècles doit être considérée comme un même homme qui subsiste toujours et accroît sans cesse la somme de ses richesses.

Les vues de M. Duguit sont sans doute séduisantes. Mais il resterait à s'entendre sur la notion de fonction sociale, fertile en équivoques. Et surtout on ne saurait faire table rase de la théorie de sujet de droit. La science a en effet construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits¹. Il suffira donc d'élargir amplement la notion de sujet de droit, de respecter les exigences de la vie juridique et la conception nouvelle du droit-intérêt.

§ 4.

Dans quel cas, dans quelle mesure l'intérêt futur devra-t-il être protégé ?

Pour résoudre utilement ce problème, il convient de tenir compte des cas où la loi exclut expressément la prise en considération de l'intérêt futur. Ainsi les personnes non conçues ne peuvent succéder *ab intestat*, ni recevoir une disposition à titre gratuit (art. 725 et 906 Code civil).

Il arrive sans doute qu'un texte soit critiquable. Mais le juriste qui veut guider la Pratique vers des voies nouvelles doit néanmoins considérer la loi comme une voix

1. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, 2^e partie, II, ch. II, p. 320 et suiv.

impérieuse qui doit être écoutée alors surtout qu'elle prononce une interdiction. Mais cette règle devra être interprétée strictement. Tout ce qu'elle n'interdit pas dans sa lettre reste autorisé.

Car l'humanité actuelle doit travailler pour l'humanité future. Si Taine a pu dire que la société comprend plus de morts que de vivants, on peut dire avec autant de vérité qu'elle renferme autant d'avenir que de présent.

Mieux encore, ce devoir de l'humanité présente est conforme à son plus cher désir : car l'homme a peur de l'oubli, il veut laisser un souvenir de son passage sur la terre. Nous ne faisons que passer et nous voulons que quelque chose demeure et rappelle que nous avons été. Ainsi s'explique, peut-être, la mission métaphysique du Droit, ce conquérant de l'oubli des hommes.

Les hommes qui songent aux intérêts des générations futures voudront les protéger dans leur vie par des mesures contre les suppositions de part et les avortements par exemple, et rendre possible la satisfaction de leurs besoins matériels et moraux (établissements pour les pauvres, les vieillards, les malades, établissements d'instruction). Ces mesures pourront également être prises dans le cadre du droit privé : fondations, donations, legs au profit de personnes à naître, dotalité, substitution, clause d'inaliénabilité permanente ou de longue durée¹.

M. Demogue a excellemment fait remarquer qu'il y avait deux modes de sauvegarde des intérêts futurs, un mode dynamique et un mode statique².

a) On peut avoir, dans la loi ou dans une convention privée, simplement réservé la possibilité pour un avenir quelconque de modifier telle ou telle règle : c'est la sécurité dynamique.

b) Il y a, au contraire, l'hypothèse où l'on veut protéger un intérêt futur en imposant dès maintenant un certain mode de protection, en donnant à la défense de

1. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, 1^{re} partie, ch. IX, p. 177 et suiv.

2. Demogue, *ibidem*, 1^{re} partie, ch. IX.

celui-ci une armature rigide, de telle sorte qu'il en résultera un état de droit *fatal*. Exemple : biens déclarés inaliénables, frappés de dotalité, attribués sous des conditions casuelles ou mixtes, consacrées à une fondation. C'est le cas aussi lorsque des personnes morales (sociétés anonymes) constituent des fonds de réserve qui recevront une destination permanente (récompenser certains mérites, secourir des malades).

C'est le cas également de toutes les mesures juridiques prises au cours de la période constitutive des personnes morales de Droit privé.

Dans tous ces cas intervient l'idée de sécurité statique. A la limite, dans certains actes juridiques, l'intérêt des générations futures trouvera seul son compte.

Nous ferons d'ailleurs remarquer que la notion d'intérêt futur est beaucoup plus large que l'idée de personne future. L'intervention de la sécurité dynamique dans un contrat intéressera, en règle générale, des personnes présentes qui auront en vue un intérêt futur.

C'est surtout dans le domaine de la sécurité statique qu'interviendront des personnes futures.

Quoi qu'il en soit, la prise en considération de l'intérêt futur apparaît comme légitime.

§ 5.

Mais celui qui songe à l'avenir rencontre sur sa route deux écueils qu'il doit l'un et l'autre éviter : il doit écarter le risque des prévisions hasardeuses et, d'autre part, ne pas entraver la liberté des générations futures.

Le risque des prévisions hasardeuses n'est pas négligeable, les conventions doivent s'adapter au renouveau éternel des choses : comment la volonté d'hier peut-elle sainement apprécier ce qui conviendra demain ? L'intérêt futur vu par les hommes d'hier pourra ne pas être l'intérêt d'aujourd'hui.

On a dit avec humour que, si les fondations avaient toujours pu être perpétuelles, on célébrerait aujourd'hui des sacrifices à Mars et à Mercure, dans l'île de la Cité.

D'ailleurs, l'idée générale qui se dégage du Droit français, c'est qu'il éprouve une certaine défiance à l'égard des contrats à longue portée¹.

Ainsi s'explique, par exemple, le besoin de modifier les fondations qui préoccupe la doctrine moderne. Ainsi s'explique la prohibition de certains contrats perpétuels, la possibilité du rachat des rentes perpétuelles (art. 1911 Code civil, 530, 1869, 1870 Code civil), l'interdiction de certains contrats au delà d'une certaine durée (baux de plus de 99 ans, loi des 18-29 décembre 1790) du réméré de plus de cinq ans, les substitutions de plus d'un degré.

Combien cette tendance se précise aujourd'hui ! Le mouvement législatif contemporain a déclenché une crise du contrat, le Parlement a dû intervenir parce que se trouvaient déjouées les prévisions normales des contractants, concernant des opérations juridiques à courte échéance.

Comment, dans ces conditions, faire des pronostics pour l'avenir et s'occuper d'intérêts futurs ?

L'autre écueil n'est pas moins dangereux. Il ne faut pas entraver la liberté des générations futures.

Nous avons jusqu'à présent envisagé le cas du donateur bénévole transmettant à titre gracieux aux personnes futures des avantages divers. Mais ces avantages ne se traduisent-ils pas souvent en obligations imposées aux personnes futures ? Dès lors, ce « pouvoir juridique sur ce qui est au delà de la vie » est-il légitime ?

Tel est le problème vraiment nouveau que s'est posé M. Alcalá Zamora². Il a montré que bien des mesures par lesquelles on semblait prendre en considération l'intérêt futur étaient des atteintes à la liberté des générations futures.

M. Zamora passe en revue les différentes institutions du Droit privé et il affirme les droits de la collectivité à ne pas tenir compte des manifestations de volonté qui empiètent sur l'avenir. Ces manifestations de volonté ne

1. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, p. 180.

2. Alcalá Zamora, *Le pouvoir juridique sur ce qui est au delà de la vie*.

sauraient avoir de valeur contraignante pour les générations futures.

Nous le croyons aussi : l'adage *infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodo ejus agitur* n'est, en effet, que l'expression d'un principe général d'équité que Gaius avait autrefois mis en lumière : « *Naturalis simul et civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse*¹. »

Dès lors, la situation d'une personne future peut devenir meilleure à son insu mais non pas pire.

En n'obéissant pas aux voix du passé, nous négligeons peut-être un devoir de conscience, nous ne saurions encourir de sanctions.

Cette manière de voir est, dans une certaine mesure, consacrée par notre Droit.

En matière de fondations, par exemple, l'Etat peut toujours prononcer le retrait de la déclaration d'utilité publique. C'est là un sérieux moyen de contrôle.

D'autre part, les restrictions à la liberté patrimoniale des générations futures en matière de dispositions entre vifs et à cause de mort revêtent toujours un caractère limité.

La non-prolongation des contrats par la transmission héréditaire, la notion d'*intuitus personae* qui fait que bien des contrats ne vont pas au delà de la vie, sont, dans une certaine mesure, protectrices de l'intérêt des générations futures.

Il y a, enfin, toute une matière qui est mieux soustraite à l'empiètement du passé sur l'avenir. C'est le domaine des institutions familiales. A Rome, la puissance « *potestas* » meurt avec celui qui en jouit et les enfants qui y étaient soumis succèdent à la même prééminence hiérarchique. Il n'y a pas d'empiètement avec la tutelle testamentaire puisque la tutelle prend fin dès que le pupille est capable.

Il y a même plutôt une inversion du phénomène, une

1. Gaius, *Loi 37, Digeste I, 3, 5.*

anticipation de l'avenir sur le plein pouvoir du présent : la puissance paternelle devient fonction. Ainsi s'expliquent la préférence donnée à l'obligation alimentaire au profit des descendants, la tutelle des prodigues qui seraient capables de dissiper le patrimoine des descendants, l'obligation civile ou naturelle de doter imposée aux ascendants, l'institution de la réserve.

L'institution de la copropriété familiale constituait également une sauvegarde des générations futures. « C'est une voix qui nous parle d'êtres imaginaires qui n'ont pas existé, mais qui peuvent *être* cependant, sans personnalité même fictive ou avancée par la conception. Ils régissent déjà, des lointains incertains de l'avenir, des pouvoirs légalement entiers¹. »

C'est qu'en effet l'inspiration biologique de ces relations les rend de pur sacrifice, car leur base est la procréation. Le génie de l'espèce veut que le présent s'immole pour ce qu'il y a de saint dans l'avenir.

On remarquera, enfin, qu'en Droit pénal, il y a une obligation générale de respecter la paix des morts. Et nul ne se plaindra de cette règle. Mais, en revanche, l'on remarquera que la diffamation envers les morts, considérée en elle-même, échappe à toute répression pénale (art. 34 de la loi du 29 juillet 1881). Il en est de même en Italie et en Angleterre.

Le législateur moderne s'est ici surtout préoccupé de l'Histoire. Il a voulu respecter les franchises et les libertés des générations futures lorsqu'elles jugeront les actes des défunts².

Tels sont les deux écueils que le juriste des personnes futures se doit d'éviter. La loi a facilité sa tâche, en fournissant, comme nous l'avons vu, les grandes lignes d'un droit statutaire des personnes futures.

§ 6.

C'est dans le cadre de ce statut que viendra se placer le droit des personnes futures. Aux termes mêmes de la

1. Alcalá Zamora, *op. cit.*, p. 64.

2. Timbal, *La condition juridique des morts*, thèse de Toulouse, 1903.

définition que nous avons donnée, il ne peut y avoir, en effet, de personne future *stricto sensu* que s'il y a accomplissement d'un acte ou d'un fait juridique qui la concerne d'une manière directe.

Pour mieux exprimer cette nuance, nous donnerons un exemple : la loi du 13 juillet 1930 (art. 63) valide l'assurance sur la vie faite au profit d'enfants à naître. Cette disposition légale règle le sort des générations futures. De la sorte, la loi fait plus que de disposer pour l'avenir, elle dispose *sur* l'avenir.

Mais si, maintenant, en conformité de cette loi, une personne passe un contrat d'assurance sur la vie au profit de ses enfants nés et à naître, nous dirons que ce contrat concerne une personne future.

Dans le premier cas, il y avait possibilité légale de droit éventuel. Dans le second cas, il y a vraiment un droit éventuel précis, au profit d'une personne future déterminée.

On pourra sans doute nous reprocher cet excès de subtilité. Nous croyons néanmoins que, dans cette matière plus que dans toute autre, on ne peut se lasser de définir et de préciser.

La distinction que nous venons de faire et qui nous paraît des plus importantes ne semble pas, d'ailleurs, avoir été faite par M. Alcala Zamora, et cela nuit peut-être à la clarté de son beau livre.

§ 7.

Ainsi, la loi vient contrôler les volontés individuelles en tant qu'elles visent les personnes futures. En principe, ces volontés ne sauraient avoir le droit de *contraindre*. Elles doivent donc être facultatives sous les réserves suivantes qui, au point de vue logique, nous paraissent inattaquables.

D'une part, la personne future qui n'utiliserait pas une faculté édictée à son profit devra néanmoins être tenue dans la mesure de son enrichissement. Le principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens

d'autrui est un principe supérieur d'équité qui s'impose sans conteste aux personnes futures.

D'autre part, la personne future ne saurait diviser un acte consenti à son profit, et qui participerait de la nature de la libéralité avec charge.

§ 8.

Nous avons, dans les lignes qui précèdent, jeté un bref regard sur le donné naturel de la matière. Il nous reste à envisager le point de vue technique. Il n'est pas le moins important. C'est vue de cet angle que la question des personnes futures a présenté le plus de difficultés.

Nous avons admis que l'intérêt futur pouvait être personnifié et élevé au rang de sujet de droit.

Mais comment la chose sera-t-elle pratiquement possible, une personne future pourra-t-elle être propriétaire ? Pourra-t-elle être créancière ?

Il semble bien qu'il faille faire une distinction. D'une part, on ne peut admettre une propriété sans propriétaire, ou un droit réel sans titulaire. Mais, en revanche, l'on peut très bien concevoir un débiteur sans créancier *actuel*.

Faut-il invoquer pour cela des arguments d'ordre économique ? M. Demogue le pense : une propriété sans titulaire est vouée au dépérissement. Au contraire, le débiteur sans créancier n'a qu'à attendre. Il est dans l'incertitude, mais c'est là un moindre mal.

Mais l'on oublie que la gestion d'affaires pour une personne future est parfaitement possible. Dans la vente d'un immeuble à une personne future, interviendrait nécessairement un *negotiorum gestor* qui veillerait à la non-dépréciation économique du bien vendu.

En fait, l'argument essentiel est le suivant : les personnes futures sont, par définition, *incertaines* ; et nous savons le sens qu'il faut attribuer à ce mot. Si la personne future, au profit de qui est consentie la vente ferme, vient à la vie, tout sera pour le mieux. Mais si cette espé-

rance est déçue, la propriété est juridiquement sans maître : on ne peut admettre cette conséquence.

Accordera-t-on du moins aux personnes futures la capacité juridique, en matière de transfert de droits réels sous condition suspensive. En droit positif, la transmission à titre gratuit de droits réels à des non-conçus est proscrite par les art. 725 et 906 du Code civil, dont les termes généraux excluent l'usage de la condition suspensive « *si nascatur* ». Mais que décider au sujet de conventions à titre onéreux opérant transfert de droits réels à des personnes futures et assorties de la condition *si nascatur* ou d'une condition analogue ? Ainsi, dans la pratique, la question s'est posée de savoir si une personne morale future, une société en formation par exemple, représentée dans une convention par ses fondateurs, pouvait *acheter* en son nom personnel un bien sous la condition suspensive de sa constitution définitive. La solution négative a justement prévalu.

C'est qu'ici, en effet, intervient le principe de la rétroactivité de la condition. Si la condition se réalise, la convention produira ses effets dès le jour où elle a été passée. Ainsi, par le jeu d'une fiction juridique, la personne morale future aura pu être titulaire du droit réel consenti, pendant un laps de temps plus ou moins long. Cette conséquence est inacceptable.

En revanche, la personne future pourra être créancière d'une obligation de *donner*, car cette obligation ne deviendra effective qu'à partir du moment où l'enfant à naître, ou la société en formation, auront acquis la personnalité juridique. Ainsi, pour reprendre le cas envisagé plus haut, si les fondateurs contractent *en leur nom personnel*, mais en qualité de gérants d'affaires de la personne morale future, ou bien encore si, à l'occasion, d'une convention, ils stipulent un droit à son profit, une obligation valable prendra naissance, qui produira ses effets lorsque la personne morale régulièrement constituée ratifiera la gestion ou acceptera le bénéfice de la stipulation.

Nous sommes ainsi conduits à admettre la capacité

juridique des personnes futures, en matière de droits de créance.

Poussons plus loin l'analyse : les juristes allemands nous ont habitués à décomposer le rapport de personne à personne dans l'obligation, en deux éléments.

D'une part, la dette (*schuld*) et, d'autre part, la contrainte (*haftung*). La dette consiste en un devoir juridique imposant à une personne l'exécution d'une prestation et prenant fin avec l'exécution de celle-ci, c'est-à-dire par le paiement. La responsabilité ou contrainte consiste en la possibilité pour le créancier, si le devoir n'a pas été rempli de s'en prendre à qui répond de la dette.

Le plus souvent dette et contrainte (*schuld* et *haftung*) coexistent. C'est le cas des obligations ordinaires, celui qui est visé par la définition romaine des *Institutes*, qui soude l'un à l'autre les deux éléments : « *necessitate adstringimur alicujus solvendae rei* », les mots « *necessitate adstringimur* » désignant la contrainte, les mots « *alicujus solvendae rei* », la dette : *schuld*.

Mais il peut y avoir exceptionnellement dette sans contrainte et inversement contrainte sans dette. Contrainte sans dette, dans le cas d'un cautionnement ou d'un gage relatif à une dette future. Dette sans contrainte : c'est le cas des obligations dites naturelles. Il y a dette, devoir juridique, qui rend valable le paiement intervenu. Mais il n'y a pas contrainte, les obligations de cette espèce ne pouvant engendrer d'action en justice. Il en sera de même lorsque le créancier est une personne future. La dette existera, mais il n'y aura pas de contrainte, la possibilité de contrainte ne pouvant appartenir qu'à des personnes vivantes ou représentées.

Le débiteur sans créancier n'a donc rien d'absurde. Il suffit qu'au jour donné, une personne puisse se présenter et se déterminer pour que l'obligation soit valable. Si la personne future ne vient pas à la vie, l'obligation sera caduque et tout rentrera dans la norme. Mais il y aura incertitude sur le droit de créance.

Cette incertitude pourra être de plus ou moins longue

durée. Un testateur lègue un bien à un enfant conçu. La période d'incertitude sera d'une durée maximum de 300 jours, au cours de laquelle on ne saura si l'enfant naîtra vivant et viable.

Le gérant d'une société en formation passe un contrat de bail pour un local où sera installée la future société. La période d'incertitude sera courte, les formalités constitutives durant au maximum quelques mois.

Il n'en est plus de même, dans le cas d'une stipulation pour autrui au profit d'une personne à naître.

Ici, la période d'incertitude peut durer très longtemps. La situation du débiteur est ici un peu particulière. Il nous semble qu'il faille dire qu'en règle générale, le débiteur est libéré par la prescription trentenaire, sauf s'il s'agit d'un contrat successif.

§ 9.

Cela étant admis, il nous faut voir quel sera l'instrument technique grâce auquel on transmettra des droits de créance éventuels aux personnes futures.

On ne peut évidemment pas songer au contrat. Mais l'on peut songer à l'engagement par volonté unilatérale. Et, effectivement, c'est en un engagement par volonté unilatérale que s'analysent les engagements des grandes sociétés vis-à-vis du public : or, le public est le nom que l'on donne à l'ensemble des personnes présentes et futures.

Cette source d'obligations n'est pas reconnue par l'unanimité des auteurs.

La promesse est-elle juridiquement obligatoire ? Elle doit l'être, dans certains cas. On a pu dire que si on ne devait sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne désignée les a acceptés, et a fait connaître son acceptation et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires seraient impossibles¹.

1. Tarde, *Les transformations du Droit*, p. 120.

C'est en pensant à ces exigences que M. Demogue a écrit que la promesse unilatérale devait être obligatoire dans la mesure où la psychologie publique l'exige. Et il en déduit cette conséquence.

« Nous n'admettrions pas d'ailleurs facilement qu'une promesse unilatérale au profit, non de personnes présentes et futures, mais de personnes futures seulement, de non conçus, pût être valable car on ne rencontre guère de personnes ayant pu compter sur elles¹. »

Le cas est cependant concevable : Exemple : Promesse de récompense aux personnes morales qui se constitueront postérieurement à telle date et ayant pour but le développement de telle branche de l'activité nationale. La promesse sera obligatoire, si les fondateurs d'une personne morale quelconque en ont tenu compte.

Mais, à vrai dire, l'instrument technique idéal, en la matière, sera toujours la stipulation pour autrui : un promettant qui s'oblige à accomplir une prestation, un stipulant qui prend acte de cette obligation et qui fournit immédiatement la prestation qui sert de cause à l'obligation du promettant ; un tiers bénéficiaire, titulaire d'un droit éventuel, qui est libre d'accepter ou de refuser le bénéfice de l'engagement que l'on a pris envers lui ; une acceptation ayant effet rétroactif ; une action donnée au tiers bénéficiaire pour obtenir l'exécution de la prestation promise, voilà des éléments qui permettent de penser qu'une personne future peut parfaitement tenir l'emploi de tiers bénéficiaire.

Pourtant, que d'obstacles a-t-il fallu vaincre avant d'en arriver là. Que d'objections à caractère indûment scientifique ont été soulevées. Que d'inexactitudes encore dans les arrêts ! Nous y reviendrons au cours de cet essai.

De la stipulation pour autrui, il convient de rapprocher l'instrument technique dénommé « libéralité avec charge ».

Ici l'élaboration technique a été très poussée : le Droit romain a créé des catégories réelles dont les contours

1. Demogue, *Traité des obligations*, I, p. 58, note 2.

se tirent des éléments intrinsèques des situations reconnues¹ ; de telle sorte que celles-ci se trouvent juridiquement spécifiées par certains traits de fond, les distinguant, les mettant à part des autres circonstances pour leur attacher la sanction de la contrainte.

S'inspirant de cet antique exemple, le Droit français a également créé des catégories. La catégorie de l'acte à titre gratuit en est une. Elle est régie par les règles strictes du Code civil et notamment par l'article 906 qui nous intéresse spécialement.

En demeurant dans le cadre de cette catégorie, il était impossible d'admettre des libéralités au profit de personnes futures.

La technique juridique a élégamment tourné la difficulté par la création d'une catégorie nouvelle, celle des libéralités avec charge.

La charge est assez comparable à l'avantage que recueille le tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui.

La simple charge est-elle munie d'action, comme le legs véritable ? Le problème est d'importance puisque c'est sur cette aptitude des personnes non encore conçues à bénéficier d'une charge que repose tout le mécanisme des fondations. La question doit être résolue par l'affirmative et c'est dans cette voie que s'oriente la jurisprudence tant administrative que civile.

Au point de vue passif, il reste à voir quels sont les instruments techniques permettant de créer des obligations aux personnes futures. Nous en indiquerons d'abord deux : la promesse pour autrui avec clause de portefort et la gestion d'affaires. Ces instruments ont une importance particulière dans la formation des sociétés. Nous en verrons des applications au cours de cet essai.

D'autre part, toujours sous le même angle technique, il est pratiquement fort possible de voir une personne morale s'enrichir sans cause à la suite d'actes d'appauvrissement consommés antérieurement à sa naissance.

1. Génv, *Science et Technique*, t. III, p. 62.

L'on peut rechercher en effet à quel moment prend naissance la dette résultant d'un enrichissement sans cause et se demander si la dette existe dès le moment où l'appauvrissement est consommé ou si plutôt elle ne prend naissance qu'au moment précis où l'enrichissement est réalisé. Nous pensons que cette dernière façon de voir s'impose. C'est l'enrichissement qui crée la dette puisqu'il la conditionne. L'adage dit d'ailleurs que nul ne doit *s'enrichir* aux dépens d'autrui. A l'acte d'appauvrissement du créancier peut ne correspondre aucun enrichissement. Et dans ce cas nulle obligation civile n'apparaîtra.

Dans la catégorie juridique de l'enrichissement sans cause, les personnes futures pourront donc se mouvoir à leur aise. Nous verrons plus bas à titre d'exemple les cas où la masse de la faillite personne morale du droit commercial retire un enrichissement sans cause d'actes d'appauvrissement antérieurs au jugement déclaratif de faillite qui marque le moment précis de sa naissance. Ces créanciers appauvris se présenteront dès lors comme créanciers *de* la masse. C'est la seule application de l'enrichissement sans cause dans la matière des personnes futures¹.

§ 10.

Dans la création des personnes morales du droit public interne, personnes territoriales telles que l'Etat, les colonies, les départements, les communes, les sections de communes, d'une part, et services spéciaux d'autre part, la notion de personne future jouera également un rôle.

Nous rencontrerons enfin cette notion dans l'examen des principes régissant l'acquisition par les Etats, en Droit international public de la personnalité juridique. Un Etat suppose en effet la réunion de trois éléments : une *collectivité* vivant sur un *territoire aux limites déter-*

1. V. Louis Sébag, *L'enrichissement sans cause de la masse de la faillite* (en préparation).

minées et gouvernée par des organes autonomes. Si l'un de ces deux derniers éléments fait défaut, nous serons en présence d'un Etat futur. Mais une notion nouvelle fait ici son apparition : celle de la reconnaissance internationale : un Etat nouveau peut être ou ne pas être reconnu par les autres Etats. Et la question suivante se pose : un Etat qui est doué de l'existence de fait mais qui n'a pas été reconnu par les autres Etats a-t-il la personnalité juridique ? Antérieurement à toute reconnaissance, n'est-il qu'une personne future du droit international public ?

Autant de points que nous examinerons plus en détail lorsque nous passerons à l'étude des différentes catégories de reconnaissance du droit international public.

Le plan de cette étude se commande de lui-même :

Livre I : La condition juridique des personnes physiques avant leur naissance.

Première partie : L'enfant conçu.

Deuxième partie : Les personnes non conçues.

Livre II : La condition juridique des personnes morales avant leur naissance.

Première partie : Les personnes morales futures de Droit privé.

Deuxième partie : Les personnes morales futures de Droit public et international public.

LIVRE PREMIER

La condition juridique des personnes physiques avant leur naissance

PREMIÈRE PARTIE

L'Enfant conçu

Suivant un principe classique, toute étude doit passer du simple au complexe, et graduer les difficultés. Voilà pourquoi le présent essai débute par l'étude de l'enfant conçu : à la lumière de textes multiples, certains principes vont apparaître. Nous verrons ensuite dans quelle mesure ils peuvent nous aider à résoudre le problème des personnes futures non conçues, sans le secours des lois positives.

La matière est dominée par la fameuse maxime « infans conceptus » : dès lors, il conviendra de consacrer une brève introduction historique à l'étude de cet adage.

Nous aborderons ensuite tour à tour l'examen de la condition de l'enfant conçu, en droit pénal et en droit civil : nous verrons comment la loi a protégé sa vie, a réglé son état et son patrimoine ; comment enfin elle lui a donné un protecteur chargé de veiller sur sa personne.

TITRE PREMIER

LA MAXIME « INFANS CONCEPTUS »

L'enfant conçu est une personne future qui a sans peine acquis droit de cité. De bonne heure, on a accordé à l'enfant qu'une femme portait dans son sein une certaine personnalité juridique.

Sans doute, cet être ne vit-il pas d'une manière indépendante. Mais il vit. Il n'est qu'un espoir, mais qui se précise davantage d'instant en instant jusqu'à parvenir à cette réalité merveilleuse et parfaite, l'être humain.

« Homo est, qui futurus est », a dit Tertullien¹, reprenant en un raccourci remarquable l'idée d'Aristote :

Le devenir est le passage du possible au réel, de la puissance (« dynamis ») à l'acte (« energia »). L'opposition de la puissance et de l'acte n'est pas seulement celle du possible et du réel. La puissance existe, le possible n'existe pas. La puissance c'est l'être en tant qu'il n'est pas encore parvenu à son achèvement, qu'il n'a pas reçu toutes les déterminations ou formes qu'il comporte. Aristote admettra la réalité de l'indéterminé, car la puissance est le pouvoir de devenir des contraires².

L'enfant conçu participe de la réalité de la puissance. Ces vues aristotéliennes nous changent de la métaphysique stoïcienne, qui contestait à l'enfant conçu la qualité d'être parce que seule la séparation d'avec sa mère lui faisait acquérir l'âme, dérivation de l'âme divine³.

Mais ces conceptions philosophiques sont restées igno-

1. Tertullien, *Apologétique*, 9.

2. Goblots, *Vocabulaire philosophique*, V¹^{er} Acte, Puissance.

3. Plutarque, *De Stoic. rep.*, 41, 1 ; — Plotin, *Ennéades*, 4, 7. 8.

rées des praticiens de la Grèce et de Rome. L'homme de loi a simplement été frappé par le caractère *nécessaire* du devenir humain. Le germe d'aujourd'hui fera partie, très *probablement* demain, de la foule des humains. C'est une certitude, une règle certaine, une constatation d'expérience.

Ainsi est rendue légitime une anticipation, qui emprunte pour se faire admettre le masque rassurant de la fiction : « *infans conceptus pro jam nato habetur* ». La formule est cependant trop large : on ne peut attribuer à l'enfant conçu la capacité juridique dans toute sa plénitude. Car ici intervient une idée qui a eu une importance considérable dans la législation romaine. C'est la suivante : seul celui qui a une *volonté* peut rendre sa condition pire. Gaius exprime une idée analogue lorsqu'il dit : « *alienam conditionem etiam ignorantis et inviti deteriolem facere non posse*¹ ».

Or, il est certain que l'enfant conçu n'a pas de volonté et que les actes juridiques qui le concernent sont accomplis à son insu. Cet être juridique ne peut donc rendre sa condition pire. Il n'est réputé conçu que si tel est son intérêt : « *quotiens de commodis ejus agitur* ».

La maxime romaine comprend donc deux idées distinctes qui se justifient logiquement. D'une part, l'on considère l'enfant conçu comme né. D'autre part, on ne le considère comme né que lorsque tel est son intérêt.

Ces deux principes réunis dans une maxime unique n'ont pas été admis simultanément par les juristes romains.

L'adage « *infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », sous sa forme complète, n'est que l'aboutissement d'une longue évolution juridique qu'il importe de retracer.

§ 2.

Les Grecs, dès la plus haute antiquité, ont admis la capacité juridique de l'*infans conceptus*. Plutarque, dans

1. Loi 37, Dig. 1, 3, 5.

sa *Vie de Lycurgue*, raconte cette histoire ancienne ¹ : « Polydece mourut bientôt après sans enfants. Et tout le monde crut que Lycurgue allait être roi. Il le fut, en effet, tant qu'on ignora la grossesse de la Reine, sa belle-sœur. Mais dès qu'elle fut connue, il déclara que si elle avait un fils, ce serait à lui que la couronne appartiendrait, et dès ce moment, il n'administra le royaume qu'en qualité de tuteur (prodiquès). »

Ces droits à la couronne reconnus à l'*infans conceptus* permettent de penser que l'enfant posthume pouvait succéder *ab intestat*.

Nous sommes mieux renseignés sur le Droit romain. Nous trouvons au Digeste deux séries de textes qui semblent d'abord contradictoires, mais que l'on peut aisément concilier. Un groupe de textes déclarent que l'enfant conçu est « *non in rerum natura, non, in rebus humanis. Partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum* » ². Autre texte exprimant la même idée : « *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* » ³.

Ces textes, selon M. Albertario, expriment la condition *physiologique* de l'enfant conçu.

Une autre série de textes visent la condition *juridique* de l'enfant conçu. Gaius dira de lui : « *intelligitur ou existimatur in rerum natura, pro nato habetur* » ⁴.

Si donc l'enfant n'existe pas physiologiquement, le Droit néanmoins le considère comme né.

Dans quel cas ? C'est ici qu'intervient la controverse. M. Albertario ⁵ a soutenu et démontré, selon nous, que la maxime *infans conceptus* appartient au Droit post-classique. C'est seulement à cette époque que l'enfant conçu a été considéré comme né toutes les fois que tel était son intérêt.

Le Droit classique a simplement appliqué les règles suivantes.

1. Plutarque, *Vie des hommes illustres. Lycurgue*, III, t. I, p. 84, Garnier édit.

2. Ulpien, 25, 4, 1, 1.

3. Papinien, *D.* 35, 2, 9, 1.

4. Gaius, 1, 147. Cf. *D.* 1, 5, 26; *Jul. D.*, 38, 16, 7; *Cel.* 28.

5. E. Albertario, *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano*, 1923, p. 1 et suiv.

L'enfant issu d'un mariage légitime contracté entre personnes ayant le droit civil de s'unir (*connubium*) suivait la condition (*status*) qui était celle de son père au moment de la conception. Il en était différemment de l'enfant né hors mariage, ou né de personnes n'ayant pas entre elles le *connubium*. Cet enfant « *vulgo conceptus* » suivait la condition qu'avait sa mère au moment de la naissance ¹. Ces principes rationnels étaient calqués exactement sur les lois de la nature matérielle. Seule, l'union légitime détermine une paternité certaine. En dehors du mariage, il n'y a que la certitude de la maternité.

Or, la paternité résulte du seul fait de la conception : après la conception, l'existence physique de l'enfant est indépendante de celle du père. La maternité, au contraire, se rattache au fait de la naissance. Jusqu'à l'enfantement, la condition physique de l'*infans* reste liée à celle de la mère.

Ces principes parfaitement logiques s'appliquaient à l'acquisition des *status libertatis, civitatis et familiae*.

Ainsi, seul l'enfant conçu dans le mariage a droit au *jus postliminii* ². Si la mère d'un enfant conçu de *justae nuptiae* devient esclave, l'enfant naît libre. De même, l'enfant né de *justae nuptiae* verra son *status civitatis* déterminé par la condition de son père au moment de la conception. Il en est différemment pour l'enfant *vulgo conceptus*. Gaius envisage le cas de l'enfant conçu né d'une citoyenne romaine devenue pérégrine par l'interdiction de l'eau et du feu ³. L'enfant naîtra pérégrin.

Il convient d'ailleurs de signaler ici une difficulté spéciale ; il faudrait conclure de ces règles que lorsque l'enfant naissait hors mariage légitime d'une citoyenne et d'un pérégrin, il naissait citoyen. Mais la loi « *Mensia de natis ex alterutro peregrino* », portée sous Auguste, décidait que dans tous les cas où du père ou de la mère l'un serait étranger, l'enfant le serait aussi : « *Lex Men-*

1. Ulpien, *Reg.* 5, § 8 et § 10; Gaius, I, 80, 89.

2. Gaius, *Epitome*, I, 4, 8; *Inst.* I, 89.

3. Gaius, *Inst.* I, 90.

sia ex alterutro peregrino, natum deterioris parentis conditionem sequi jubet ¹ ».

Selon certains, le mot *lex Mensia* ne serait qu'une corruption de *lex Aelia Sentia*. Il fallait donc, d'après cette loi, pour que l'enfant naquit citoyen que le père et la mère le fussent tous deux. Par exception, en vertu d'un rescrit d'Hadrien, l'enfant né du mariage d'un affranchi latin avec une citoyenne romaine naissait citoyen ².

Enfin, pour le *status familiae*, en cas de *justae nuptiae*, on s'attachera à la date de la conception. Ainsi, l'enfant conçu avant la folie du père naîtra néanmoins *in potestate* ³. Autre cas : le pater n'a pas donné son consentement au mariage de sa fille ; celle-ci est devenue enceinte. Le pater meurt, l'enfant qui naît ne pourra pas néanmoins se considérer comme *justus* puisque le consentement faisait défaut au moment de la conception.

De même, Gaius déclare que l'enfant conçu avant la troisième mancipation de son père reste soumis à la potestas de son grand-père, tout comme les enfants déjà nés ⁴.

D'autre part, la qualité de *suus heres* est déterminée par le moment de la conception. Le Droit romain classique a fait ici d'ailleurs une distinction entre les enfants « *postumes* ». L'orthographe romaine est celle que nous indiquons ⁵. Postumus, dans sa racine philologique, exprime la même idée que « *posterus* » : venant après ⁶. Toutefois, les Romains ont entendu plus spécialement par postumus, l'enfant né après la mort d'un de ses parents. On doit donc indiquer à la mort de quelle personne on compare la naissance de cet enfant, car il peut être postume par rapport à son aïeul, à son oncle, à son frère, à son père, suivant qu'il est né après la mort de l'un ou de l'autre. Dans un sens particulier, on entend

1. Ulpien, *Reg.*, t. 5, 58.

2. Gaius, I, 80.

3. *D.* I, 6, 8; Ulp., I, 26. Cf. *D.* I, 5, 11; Paul, 18 resp.

4. Gaius, *Inst.* I, 135.

5. Ortolan, *Explication historique des Institutes de Justinien*, livre II, titre XIII, I et suiv.

6. Varron, *De lingua latina*, livre 9, § 61.

par *postumus*, sans autre désignation, l'enfant né après la mort du père.

Dans l'*Aululaire* de Plaute, Mégapore dit de celui qui, marié vieux, voit sa femme devenir enceinte :

« Quid dubitas quin sit paratum nomen puero : *Postumus* ¹. »

L'enfant postume n'a jamais été pour les personnes mortes avant sa naissance qu'un être incertain ; et comme tel, d'après l'ancien Droit romain, il ne pouvait recevoir par le testament de ceux auxquels il était postume, ni tuteur, ni legs, ni hérédité ².

Le Droit classique modifia ces règles sur un seul point en faveur du *postumus suus*, c'est-à-dire du postume, qui, à sa naissance, sera au nombre des héritiers siens du testateur. Lorsque le *pater familias* mourait, laissant un enfant simplement conçu, qui, s'il fût déjà né, eut été son héritier, on trouva trop rigoureux de dépouiller ce postume de l'hérédité paternelle, parce qu'il n'était né qu'après la mort de son père, et l'on agit comme s'il était né de son vivant ³. Il en était ainsi pour le fils dont le testateur avait laissé sa femme enceinte ; pour le petit-fils dont sa bru déjà veuve au moment de sa mort était accouchée après son décès. Ces enfants sont des « *postumi sui* ». Leur condition est bien meilleure que celle des « *postumi alieni* », c'est-à-dire des postumes, qui ne doivent pas être au nombre des héritiers siens du testateur, tel par rapport à l'aïeul, le petit-fils conçu d'un fils émancipé.

Seul, le *postumus suus* pouvait être institué par testament ⁴. Seul, il pouvait se voir donner un curateur. C'est en pensant à sa condition que Gaius pouvait écrire dans ses *Commentaires* que pour la dation d'un tuteur et pour plusieurs autres causes, l'enfant postume devait être considéré comme né.

1. Acte II, scène I, vers 161.

2. Gaius, 2, § 241 et 242.

3. Gaius, 2, § 130.

4. Gaius, 2, § 240 ; *Inst.*, 2, 20, 26.

Le *postumus suus* put même succéder *ab intestat*. Selon M. Cuq, ces règles furent vraisemblablement introduites à l'époque où l'on prit des mesures pour empêcher l'extinction des cultes domestiques : elle avait pour effet d'écarter les agnats¹. Dans le Droit prétorien, la *bonorum possessio* fut, d'autre part, accordée à tout *postumus cognatus*.

D'autres textes font l'application du principe de la capacité exceptionnelle du *postumus suus*. Paul au *Digeste* indiquera que si un père meurt en laissant un fils et une femme enceinte, le fils déjà né ne pourra pas, pendant la grossesse, réclamer aux débiteurs la moitié de la dette, parce qu'il peut naître plusieurs enfants².

§ 3.

Pour M. Albertario, le Droit classique n'est pas allé plus loin. Dans le Droit civil, l'enfant conçu suit la condition du père au moment de la conception. De plus, le fils postume ne peut succéder que s'il est *suus*. Dans le droit des gens, l'enfant conçu suit la condition de la mère au moment de la naissance.

A l'époque justinienne, le *jus gentium* se rapproche du Droit civil. Quelle conséquence en résulta-t-il ? Ni l'une, ni l'autre règle ne s'éliminèrent. On songea à appliquer l'une et l'autre suivant les cas, selon que l'application de l'une ou de l'autre favorisait davantage l'enfant conçu³. La maxime prendra alors sa forme post-classique : « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ».

Les textes d'auteurs du Droit classique qui consacrent l'adage ont été purement et simplement interpolés par les compilateurs de Justinien.

M. Albertario a fait la critique minutieuse de ces textes où les termes de « *commodum* », de « *favor liber-*

1. Cf. Albertario, *ibidem*, *passim*.

2. Paul, *D.* 1, 5, 28, 5.

3. Albertario, *ibidem*.

tatis », de « *benignitas* » sentent l'interpolation d'une lieue.

On a rendu meilleur le *status libertatis* de l'enfant « *vulgo conceptus* ».

Voici, par exemple, un texte des sentences de Paul ¹ : « *Si serva conceperit, et postea manumissa peperit, liberum parit.* » Ceci est l'expression du Droit classique. Mais l'interpolateur ajoute : « *Si libera conceperit justis nuptiis et ancilla facta peperit, liberum parit ; id enim favor libertatis exposuit. Si ancilla conceperit et medio tempore manumissa, sit rursus facta ancilla peperit, liberum parit* MEDIA ENIM TEMPORA LIBERTATI PRODESSE, NON NOCERE POSSUNT. »

La mère a conçu étant libre et a accouché esclave. L'enfant en Droit classique serait né esclave. Le texte décide, au contraire, que l'enfant naîtrait libre. Il suffira même pour que l'enfant naisse libre que sa mère l'ait été, ne fût-ce qu'un moment, au cours de sa grossesse.

Ces règles sont inspirées par le « *favor libertatis* » qui décèle l'influence romano-chrétienne.

M. Albertario a démontré également l'interpolation du texte de Julien ² qui accorde le *jus postliminii* à l'enfant *vulgo conceptus*.

En ce qui concerne le *status familiae*, le législateur byzantin donnera à la doctrine du *commodum* son extension normale. Le Droit romain classique n'avait jamais appliqué le critère du *commodum*, qui aurait dû automatiquement faire étendre à tout postume le droit de devenir en naissant ou *heres* ou *bonorum possessor*.

Dans le Droit post-classique et byzantin, l'*ereditas* prend un caractère exclusivement patrimonial, c'est un *commodum*.

Viendront dès lors à la succession, tant *ab intestat* que testamentaire, tous les enfants conçus *legitimi* et *heredes*. On étendit à tous les postumes les règles concernant les *postumi sui* : comme la nécessité d'une exhérédation

1. Paul, 2, 24, 1, 3.

2. Julien, *D.*, 1, 5, 26.

pour éviter que le testament soit « *ruptum* », la possibilité de dation de tuteur, la possibilité de substitution pupillaire par laquelle le chef de famille désigne à son fils postume, pour le cas où il mourrait impubère, qui il veut comme héritier.

Les textes du Droit classique qui mettent sur le même pied « *postumî sui* » et « *postumî alieni* » sont interpolés et M. Albertario en a fait la critique minutieuse ¹.

Les innovations byzantines ne s'arrêtent pas là. Quelle était la situation de celui qui, conçu au moment où son père était sénateur, venait au monde au moment où ce dernier ne l'était plus. Juridiquement, il ne pouvait être considéré comme fils de sénateur. Un texte d'Ulpien, dont Lenel a démontré l'interpolation, dit le contraire ².

Même solution pour le décurionat. Jouissent des avantages du décurionat, non seulement l'enfant né qui a été conçu pendant la charge et qui vient au monde après que son père a été révoqué, mais encore celui qui, conçu et né d'un plébéien, a eu, à un moment quelconque, entre sa conception et sa naissance, son père décurion ³.

§ 4.

L'Ancien Droit a recueilli la maxime *infans conceptus*. Il ne pouvait reproduire à la lettre les solutions romaines. Mais il s'est inspiré largement de leur esprit. Maintes fois, Domat et Pothier invoquent l'antique adage. Les travaux préparatoires du Code civil y font allusion. Le Code a consacré des solutions qui en sont des applications. Quelle est la valeur de la maxime aujourd'hui dans notre droit ?

Elle constitue une fiction juridique, c'est-à-dire une altération voulue du réel en vue de certains résultats utiles ⁴. Cette fiction a eu en effet une fonction historique

1. Ulpien, *D.*, 29, 2, 30, Par. 1 et 2. Cf. *D.*, 5, 2, 6, Pr.; *D.*, 38, 16, 2 Pr.; *D.*, 28, 3, 6, Pr.; *D.*, 38, 16, 3, 9; Paul, *D.*, 5, 4, 3.

2. *D.*, 1, 9, 7, 1.

3. *D.*, 50, 2, 2, 26.

4. Génv, *Science et Technique en Droit privé positif*, t. III, p. 363.

et dogmatique à la fois. C'est d'ailleurs le rôle de presque toutes les fictions. Un grand nombre d'entre elles tendent simplement en élargissant leurs conditions à accroître l'extension de catégories juridiques préexistantes¹.

Ainsi, si nous pensons que le sujet de droit a son type naturel et premier dans l'être humain individuel, la fiction « *infans conceptus* » permettra l'extension de la catégorie « sujet de droit » à l'enfant non encore existant.

On a écrit que cette fiction opérait par *substitution*². Plus précisément, il s'agit là d'une fiction de rétroactivité³. La personnalité de l'enfant rétroagit au jour de la conception. Rétroactivité incomplète, bien entendu, puisque la personnalité rétroagit simplement *in melius*.

Cette fiction était très utile du temps où le droit était le fruit d'une conquête quotidienne, où le préteur édictait dans la crainte des décisions pleines d'audace.

Mais il n'en est plus de même aujourd'hui. Point n'est besoin au législateur d'user de fictions. Il lui suffit de *légiférer* et de *disposer*.

Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 a supprimé très simplement toute idée de fiction dans son article 31 : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant. Elle finit par la mort. L'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant. »

Voilà une législation aux accents bien modernes. Si le Code civil français n'a pas énoncé un principe aussi général, il a cependant, dans les articles 725, 906, 961, heureusement écarté toute idée de fiction. Car le procédé de la fiction est de nos jours parfaitement inutile.

On dira peut-être que la fiction sert utilement de formule explicative. Mais pourquoi donc la rencontre-t-on si souvent en dehors des manuels ?

L'enfant conçu est une réalité naturelle qui se suffit

1. Génv, *ibidem*.

2. Génv, *ibidem*. *Contra* : Ihering, *Esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere, 3^e édit., t. IV, p. 297-299, § 68; Demogue, *op. cit.*, p. 239-241.

3. Lucien Lecoq, *De la fiction comme procédé juridique*, p. 87-88.

à elle-même et dont le Droit doit tenir compte. Quant au fait que la personnalité de l'enfant conçu ne peut être invoquée contre lui, c'est l'expression d'un principe de Droit supérieur dont les applications sont multiples dans notre Droit : un acte ou un fait juridique ne peuvent nuire aux tiers qui y sont restés étrangers, sous réserve de certaines exceptions qui sont édictées dans l'intérêt bien compris des tiers eux-mêmes.

L'article 1165 du Code civil est une illustration de cette idée : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne leur profitent que dans le cas prévu à l'article 1121. »

Les tribunaux, pour accueillir des demandes nouvelles que le Code ne pouvait prévoir, pour sanctionner par exemple le droit des enfants conçus à la rente due en cas d'accident du travail, auraient pu simplement tirer argument des articles 725, 906, 961 Code civil. Leurs décisions eussent gagné en rigueur juridique.

La Jurisprudence moderne a préféré conserver la maxime, par ailleurs fort commode. Les Cours d'appel glissent souvent dans leurs attendus que « l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né, en tant que son intérêt l'exige ».

La Cour suprême elle-même s'exprime de la même façon¹ : elle écarte l'idée de personnalité si elle risque de nuire à l'intérêt de l'enfant. L'adage est même quelquefois cité en latin, par certaines décisions².

Ce n'est pas le seul exemple de phénomène de survivance dans notre Droit positif.

1. V. notamment : Cass. civ., 24 avril 1929, D. H. 1929, p. 298; Cass. civ., 4 janvier 1935, D. P. 1935.1.5; Cass. civ., 2 juillet 1936, D. H. 1936, p. 506.

2. Dax, 28 février 1901, P. F. 1905.2.317.

TITRE II

LA PROTECTION DE LA VIE ET DE LA SANTÉ DE L'ENFANT CONÇU

Un système juridique cohérent doit commencer par accorder à l'enfant conçu, le premier des droits : le droit à la vie.

La sanction de ce droit sera nécessairement pénale. Car le fait d'attenter à la vie humaine trouble profondément l'ordre social.

Mais certaines phases de la vie humaine sont mieux protégées que d'autres. Le meurtre simple est puni des travaux forcés à perpétuité (art. 302 Code pénal). Le meurtre d'un enfant nouveau-né constitue une infraction distincte, l'infanticide, dont la sanction est la peine suprême. La protection légale s'étend même avant la naissance, à ce qui n'est qu'un germe et une espérance de vie. La peine de l'avortement sera toutefois plus douce : la réclusion. Ainsi, le point culminant de la criminalité se trouve être, dans notre loi pénale, le moment de la naissance et les quelques jours qui suivent¹.

On ne saurait confondre, en effet, infanticide et avortement. Comme l'a écrit d'Aguessau, l'infanticide fait mourir un homme déjà formé. L'avortement l'empêche de se former. Le premier est un véritable homicide ; le second est un homicide avancé. La destruction de l'existence obscure de l'être encore inconnu que la femme porte dans son sein n'implique pas au même degré que l'infanticide, la perversion des sentiments naturels, et,

1. *Encyclopédie*, V^o *Avortement*,

du reste, il n'est pas certain que, sans l'avortement, le produit de la conception serait arrivé à terme.

§ 1.

Pascal a pu dire : le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les actions vertueuses (Pascal, *Pensées*, art. 3.).

L'avortement n'a pas toujours été puni. Il l'était chez les Hébreux. Celui qui, par des violences, avait déterminé l'avortement d'une femme encourait une amende arbitraire. La peine capitale était édictée si les violences avaient entraîné la mort de la femme¹. Plus tard, le Talmud autorisera cependant l'emploi de procédés anti-conceptuels, lorsque la conception était susceptible de mettre la mère en danger².

Le Code d'Hammourabi contient des dispositions analogues³. « Si un homme a frappé une fille d'homme libre, et a fait tomber son intérieur (*sic*), il paiera pour son fruit dix sicles d'argent. Si cette femme meurt, on tuera la fille de l'agresseur. » Les peines seront moins sévères s'il s'agit d'une fille de « mouchkinou » ou d'une esclave.

La Bible et le Code d'Hammourabi ne visent que les violences ayant entraîné l'avortement. Quant à l'avortement volontaire, à la manière moderne, il est resté longtemps impuni.

Dans les sociétés primitives, les parents, propriétaires de leurs enfants, pouvaient les vendre et même les tuer⁴. Ainsi paraît-il en avoir été chez tous les peuples de race aryenne⁵. Si l'infanticide était admis, à plus forte raison l'avortement. Mais les avortements étaient rares, parce que plus difficiles à accomplir. Au fur et à mesure que les connaissances physiologiques se répandirent, dans

1. *Exode*, ch. XXI, versets 22 et 23.

2. A. Cohen, *Le Talmud*, p. 223.

3. Scheil, *La loi d'Hammourabi*, Leroux édit., 1906, p. 47, articles 209 à 214.

4. G. Ferrero, *Grandeur et Décadence de Rome*, t. I, p. 326; t. II, p. 214. — C. Jullian, *Histoire de la Gaule*, t. II, p. 407.

5. Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques de l'Ancienne France*, t. I, p. 121 et 298.

les sociétés primitives, la pratique des avortements remplaça celle des infanticides¹.

A Athènes comme à Rome, l'intervention du législateur n'a été que tardive.

Dans la Grèce antique, il y avait sans doute un contraste vivace entre la morale et les mœurs. La morale proscrivait l'avortement. Plutarque, dans sa vie de Lycurgue, l'appelle une « scélératesse »².

Les manœuvres abortives étaient cependant une pratique courante. Aétius donne, d'après Aspasie de Milet, une liste très complète des moyens abortifs.

Les philosophes eux-mêmes finissent par l'encourager. Platon est malthusianiste avant la lettre. Aristote et Hippocrate distinguèrent suivant que le fœtus était ou non animé. Inanimé au début de la gestation et vivant d'une vie végétative à la manière des plantes, le fœtus n'est pas encore une personne et l'avortement ne peut être puni. Mais, lorsque le fœtus est animé, ce qui arrive au bout de quelques mois de grossesse, alors l'avortement est punissable.

Aristote s'exprime en ces termes : « Quand le nombre des citoyens est trop grand dans une République et qu'une femme a conçu, malgré les défenses faites par les magistrats, elle peut se faire avorter, pourvu que ce soit avant que le part soit animé »³.

Cette distinction se reflète dans le très ancien Droit romain, dans les lois royales. Un vieil édit de Romulus⁴ prescrit que l'avortement n'est licite que pendant les trois mois qui suivent la conception. Mais ce texte est vite tombé en désuétude.

A Rome, on s'est longtemps contenté de sanctionner l'avortement des peines du *venéficium*⁵. La notion de meurtre a été écartée et on n'a pas assimilé l'enfant conçu à l'être humain. La morale a cependant flétri

1. Ferrero, *ibidem*, t. V, p. 74.

2. Plutarque, *Vie des Hommes illustres*, t. I : « Lycurgue », III, p. 84.

3. *Politique*, livre VII, ch. XVI.

4. *Textes de Droit romain*, Girard.

5. Mommsen et Marquardt, *Manuel des antiquités romaines*, t. XVIII; p. 353.

l'avortement. D'après les lois royales, il autorise le mari à se séparer de sa femme¹. Les écrivains ne ménagent pas leur indignation.

Juvénal accuse la débauche :

« Cum tot abortivis fecundam Julia vulvam.
Solveret et patrua similes effunderet offas !² »

Ovide incrimine la mode :

« Nunc uterum vitiat quae vult formosa vidéri
Raraque, in hoc aevo, est quae velit esse parens !³ »

Tertullien, écrivain chrétien, écrira : « Quelle différence y a-t-il entre s'opposer à la naissance d'une âme et l'arracher du corps qui l'anime ? *Homo est qui est futurus, etiam fructus omnis jam in semine est*⁴. » Tous ces textes ne contiennent aucune allusion à une peine criminelle.

En fait, il semble bien que l'avortement n'ait été traité comme délit, ni sous la République, ni au début de l'Empire.

Cicéron parle sans doute d'une sentence capitale prononcée à Milet pour un tel fait⁵; mais cela semble bien indiquer qu'on n'aurait pas eu, d'après le Droit romain, le pouvoir de rendre un arrêt de ce genre⁶.

Ce fut seulement sous Septime Sévère que des peines criminelles furent édictées : peines pécuniaires et bannissement, et même la peine capitale lorsque l'avortement avait causé la mort de la femme. Le Digeste ne fera que codifier ces règles⁷.

Les lois barbares punirent également l'avortement de peines pécuniaires.

1. Plutarque, *Rom.*, 22. Cf. Justinien, *Nov.*, 22, c. 16.

2. Juvénal, *Satire*, II, vers 32.

3. Ovide, *Amours*.

4. Tertullien, *Apologétique*, IX.

5. Cicéron, *Pro Cluent.*, II, 32, cité par Tryphonimus, *Dig.*, 48, 19, 39.

6. Mommsen et Marquardt, *ibidem*.

7. L. 8, *Dig.*; *Ad leg. Corn. de sicar.*, L. 4, *Dig.*; *De extraord. crim.*, L. 38, § 5, 39, *Dig.*, *De Poenis*.

Quelle attitude allait prendre le Droit canon ? Il se trouvait en présence d'une opposition de textes¹. Alors que la Vulgate prohibait l'avortement, la version des Septante édictait que l'avortement n'était punissable que si l'enfant était déjà formé. Cette seconde opinion l'emporta au début.

Si l'avortement avait été commis dans les premiers temps de la grossesse sur l'embryon, il était punissable d'une simple peine pécuniaire. Au contraire, il constituait un homicide puni de mort s'il avait eu lieu alors que le produit de la conception était déjà doué de vie, époque fixée dans la glose d'Accurse au quarantième jour de la grossesse, et, d'après d'autres docteurs, au soixantième jour ou au quatre-vingt-dixième jour suivant qu'il s'agissait d'un enfant du sexe masculin ou féminin. Saint Augustin se rallia à cette thèse.

Au contraire, Tertullien et Saint-Bazile la combattirent et soutinrent que l'avortement était un crime, même avant l'animation.

C'est cette doctrine qui a prévalu. Le Concile d'Ancyre de 314 écarta pendant dix ans de la participation aux sacrements les femmes qui avaient consenti à se faire avorter et le concile de Lérida de 524 les exclut de la communion pendant sept ans.

Enfin, les papes Sixte V en 1588 et Grégoire XIV en 1591 ont assimilé l'avortement à l'homicide volontaire avec la même sanction de la peine capitale.

Au point de vue du Droit laïc, les Parlements de France punissaient indistinctement de la peine capitale tout attentat à la vie de l'enfant ; et même simplement la célération de la grossesse.

Un édit d'Henri II de 1556 s'attaqua au risque social de l'avortement par des moyens préventifs. Il enjoignit aux filles-mères de faire la déclaration de leur grossesse dès qu'elles seraient enceintes, sous peine d'être poursuivies comme homicides, si l'enfant mourait privé du baptême.

1. Cf. Balthazard et Prévost, *Les Avortements*, Maloine édit., Paris, 1912.

Cet édit fut confirmé par des ordonnances d'Henri III en 1586 et de Louis XV en 1735. Il était même enjoint aux curés de publier cet édit au prône tous les trois mois.

A la fin de l'Ancien Régime, des philosophes comme Beccaria, Voltaire, Rousseau, demandèrent qu'à la différence de l'infanticide puni de mort, l'avortement ne comportât qu'une peine moins sévère mais applicable.

Le Code pénal de 1791, obéissant à ces tendances, institua une peine de vingt ans de fers qui ne frappait pas la femme.

Le Code pénal de 1810 (art. 317), au contraire, punit de la réclusion la femme qui se fait avorter. La même peine est, en principe, prononcée contre son complice. Toutefois, si ce complice est un médecin, un chirurgien, un officier de santé, un pharmacien, la pénalité dont il est passible est aggravée en raison de sa qualité : elle est des travaux forcés à temps. C'est sur l'instigation de Cambacérès que l'avortement commis par la femme ne fut puni que de la réclusion¹.

« Il ne faut pas, comme le fait le projet, déclarait Cambacérès, le 8 novembre 1808, au Conseil d'Etat, confondre l'avortement avec l'infanticide. Dans l'état de relâchement où sont les mœurs, il est possible qu'une mère séduite, par une fausse honte, croie plutôt prévenir qu'annuler l'existence de l'enfant qu'elle porte dans son sein, mais donner la mort à son enfant après qu'il est né est un acte de barbarie dont l'horreur ne saurait être palliée par aucune illusion. »

C'est cette doctrine qui a triomphé, et à juste raison, croyons-nous. D'excellents auteurs auraient tendance à admettre une identité de peines entre l'infanticide et l'avortement. Les remarques de Cambacérès nous semblent de nature à faire écarter cette thèse.

1. Chauveau, Faustin Hélie et Villey, t. IV, n° 1362; Garraud, t. IV, n° 380, note 4.

§ 2.

Les éléments constitutifs du délit sont, à l'heure actuelle, excellemment définis par les auteurs.

Selon M. Garçon¹, le délit d'avortement suppose :

a) La grossesse de la femme. Il est bien évident que des manœuvres abortives en l'absence de grossesse ne constitueraient pas une tentative d'avortement ;

b) Un fait d'avortement ; c'est-à-dire l'expulsion *prématurée* du produit de la conception. Le meurtre de l'enfant *nouveau-né* constituerait un infanticide. Il semble ici d'ailleurs y avoir une fissure dans le système de la répression. Faut-il vouer à l'impunité le meurtre sur l'enfant *naissant*. Les auteurs et la Jurisprudence n'ont pas hésité à décider que le meurtre de l'enfant *in ipso partu* doit être qualifié infanticide² ;

c) L'emploi de moyens artificiels pour opérer cet avortement ;

d) L'intention criminelle de l'agent.

Ces éléments sont communs à tous les cas d'avortements. Peu importe que le crime ait été commis par la femme sur elle-même ou par un tiers ou par une personne de l'art.

La question de savoir si la tentative d'avortement est punissable a soulevé une controverse célèbre. La Jurisprudence fait une distinction bienveillante : la femme enceinte n'est jamais punissable pour une tentative d'avortement sur elle-même. La tentative d'avortement commise par une autre personne que la mère est, au contraire, punissable³.

L'avortement cesse d'être punissable lorsqu'il est pratiqué par un médecin pour sauver la vie de la mère⁴. Notre Code sur ce point est muet, à la différence de nombreuses législations étrangères. Mais Doctrine et

1. Code pénal annoté, art. 317, § 2.

2. Garçon, Code pénal annoté, art. 300, n° 25. — Gauban, De l'infanticide, Bordeaux, 1905. Cf. Douai, 16 mai 1882, S. 1883.2.153. — François, « Contribution à l'étude de la personnalité », Revue générale du Droit, 1931.

3. Garçon, Code pénal annoté, art. 317, nos 29, 30, 31.

4. Garçon, *ibidem*, n° 18.

Jurisprudence reconnaissent sans difficulté que l'accoucheur ne commet aucun crime lorsqu'en cas d'extrême danger de la mère, il pratique un avortement dans les premiers mois de la grossesse, ou provoque, dans les derniers, un accouchement prématuré. Les progrès de l'art obstétrical ont changé, dans une certaine mesure, les données de cette controverse classique. Quel est le fondement juridique de l'impunité du médecin ? Les uns invoquent le défaut d'intention criminelle. M. Maxwell admet que la mère est en état de légitime défense¹. Mais l'enfant peut-il être considéré comme un agresseur injuste ?

Nous préférons penser, avec M. Garçon, que le médecin est justifié par l'état de nécessité. Le jeu des lois naturelles oppose deux existences. Dans ce conflit, on peut sacrifier l'enfant à la mère sans devenir un criminel.

§ 3.

Les progrès de l'individualisme contemporain, le problème toujours brûlant de la dénatalité ont remis au premier plan la question de l'avortement.

Les malthusianistes soutiennent que la femme est maîtresse d'elle-même, de ses flancs, de sa vie sexuelle.

A ces voix libertaires, d'autres répondent, plus respectueuses du passé et de l'avenir. Cet être n'est pas seulement « *pars mulieris* », il est aussi « *pars patris* », l'étincelle de vie paternelle².

Un vœu du 1^{er} juillet 1909 du Conseil national des Femmes françaises³ considère que « la fonction altruiste de l'être au sein de l'humanité est la transmission de la vie. Que la femme est la mère, et qu'elle se doit à sa mission de maternité pour la protection de l'enfant.

1. Maxwell, « De quelques cas de conscience en médecine », Discours de rentrée de la C. de Bordeaux, 1901 (*Semaine médicale, Suppl.* du 30 octobre 1901), cité par Garçon, *op. cit.*

2. Michel Raiter, *Avortement criminel et dépopulation*, Paris, 1925.

3. Balthazard et Prévost, *Les avortements criminels*, Maloine édit.

» Que, du reste, au regard de la loi, l'enfant est tenu pour né, toutes les fois qu'il y va de son intérêt. »

Voilà une réapparition surprenante de la maxime romaine.

Des réformateurs modernes parlent de légaliser l'avortement pour le plus grand bien de la santé publique.

L'on cite l'exemple de la Russie, où des décrets des Commissariats de la Santé et de la Justice du 18 novembre 1920, abrogeant l'article 1462 du Code pénal tzariste, ont autorisé « les avortements opératoires qui seront faits gratuitement dans les hôpitaux du Gouvernement soviétique, où se trouve assuré le maximum d'innocuité¹ ».

Des décrets récents de 1934 et 1935 ont, d'ailleurs, restreint le droit à l'avortement lorsque la grossesse est déjà avancée.

Quant à nous, les réflexions sociales, si pertinentes qu'elles soient, ne sauraient nous faire oublier que la vie humaine est une chose sacrée, et que l'enfant conçu, c'est déjà la Vie.

§ 4.

Une autre disposition du Code pénal tend également à protéger la vie de l'enfant conçu.

L'article 27 du Code pénal prévoit le cas où une femme condamnée à mort se trouve enceinte : « Si une femme condamnée à mort se déclare enceinte, elle ne subira sa peine qu'après sa délivrance. »

L'origine de cette disposition remonte aux lois romaines. Sans doute invoquait-on la maxime : « *non debet calamitas matris ei nocere cui in ventre est*² ».

On la retrouve dans l'ordonnance de 1670, à l'article 13 du Titre 25³. L'ordonnance prescrivait la vérification, même dans le cas où la femme condamnée n'avait fait

1. Ducharme, *L'avortement*, p. 104, Editions Sociales Internationales, 1933.

2. Fr., 3, *Dig., de Poenis*, 48, 19.

3. Cf. Jousse, II, p. 545.

aucune déclaration, si elle paraissait enceinte. Quoique cette disposition n'ait pas été reproduite dans l'article 27 du Code pénal, on pense généralement qu'elle doit être appliquée ¹.

Une loi du 13 Germinal an III avait même établi des dispositions beaucoup plus libérales ².

L'article 27 n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, puisqu'en France l'on n'exécute pas les femmes condamnées à mort. Cet usage s'est établi, d'ailleurs, un peu en raison des abus auxquels a donné lieu le recours à l'article 27 du Code pénal, qui était invoqué plus d'une fois, en l'absence de toute grossesse, pour retarder l'exécution capitale. Les misérables condamnées allaient jusqu'à accuser leur geôlier d'avoir abusé d'elles.

§ 5.

Nous avons ainsi étudié les mesures de protection prises en faveur de l'enfant conçu par le Droit pénal, pour la sauvegarde de sa vie. Elles seraient incomplètes si les lois ne protégeaient de la même façon *la santé* de l'enfant conçu. Cette protection s'impose lorsque la mère travaille. C'est là l'un des objets de la législation industrielle.

La protection de la femme au moment où elle va devenir mère est la sauvegarde la plus certaine de la vie et de la santé de l'enfant. L'intérêt de la société commande cette protection. La natalité est la condition même d'existence du pays. En protégeant la maternité, la nature se protège elle-même et garantit sa puissance et son être.

Il faut donc accorder à la femme un droit au repos *avant* et après ses couches, sans qu'elle ait la crainte de perdre son emploi.

1. Carnot, *Commentaire du Code pénal*, t. I, p. 98. — Chauveau, Hélie, *op. cit.*, t. I, p. 273, n° 158.

2. V. sur cette loi, Cass., 2 nivôse an XIII; 8 germinal an XIII; 27 novembre 1806; 8 mai 1807.

Jusqu'en 1909, manquaient à notre législation ces dispositions protectrices de l'ouvrière encinte ou nouvellement accouchée, qui se retrouvaient dans presque toutes les législations étrangères.

Le Parlement votait, le 27 novembre 1909¹, la loi Engerand, bientôt suivie d'une loi plus complète : la loi du 13 juin 1913², qui est devenue l'article 29, Livre I^{er}, du Code du Travail.

Aux termes de cette loi, la suspension du travail par la femme pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et qui suit l'accouchement ne peut être une cause de rupture par l'employeur du contrat de louages de services ; et ce, à peine de dommages-intérêts au profit de la femme. Celle-ci doit avertir l'employeur du motif de son absence.

Toute convention contraire est nulle de plano. En cas de contestation, l'assistance judiciaire est de droit pour la femme devant la juridiction du premier degré.

Immédiatement après la promulgation de cette loi, le Parlement votait, le 17 juin 1913³, une loi qui instituait au profit de la femme enceinte, lorsqu'elle est de nationalité française et qu'elle est privée de ressources, une allocation journalière.

Ces deux lois se complétaient utilement.

D'autres textes avaient déjà réglé la situation particulière de certaines employées de l'Etat. La loi du 15 mars 1910⁴ avait accordé un congé de deux mois avec traitement entier aux institutrices en couches. Et la loi du 13 juillet 1911⁵ avait étendu cette mesure au personnel féminin des P. T. T. La loi du 19 mars 1928⁶ a rendu applicables les dispositions de la loi du 15 mars 1910 aux employées de tous les Etablissements de l'Etat.

En octobre et novembre 1919, la Conférence internationale du Travail, tenue à Washington, adoptait un

1. D. P. 1910.4.19.

2. D. P. 1913.4.84.

3. D. P. 1913.4.84.

4. D. P. 1911.4.5.

5. D. P. 1911.4.132.

6. D. P. 1929.4.9.

projet de convention générale concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement.

Suivant les règles traditionnelles françaises, des conventions conformes au projet adopté à Washington devaient être signées par la France et les divers Etats représentés à la Conférence. La ratification de ces conventions devait ensuite être autorisée par le Parlement.

Mais seule une convention franco-belge intervint. Elle n'a pas, d'ailleurs, encore été ratifiée.

Cependant, sans attendre la ratification, le Gouvernement demanda au Parlement la modification de l'article 29 du Livre I^{er} du Code du Travail, en s'inspirant du projet adopté à Washington. C'est à la suite de ce projet que fut votée la loi du 4 janvier 1928¹.

La suspension du travail pour la femme à l'occasion de ses couches est portée de huit à douze semaines consécutives. Il s'agit d'une simple faculté pour la femme.

L'interdiction du travail ne concerne que la période postérieure à l'accouchement. Cette solution restrictive n'est pas heureuse. Il devrait être interdit à la mère de travailler pendant les semaines qui précèdent immédiatement l'enfantement.

Comment la femme doit-elle aviser l'employeur ? La loi de 1928 a maintenu la formule un peu vague de l'ancien article 29 : « La femme devra avertir l'employeur du motif de son absence. » Le projet adopté à Washington (art. 3, § *b*) formulait une exigence précise : « La femme a le droit de quitter son travail sur production d'un certificat médical déclarant que ses couches se produiront dans un délai de six semaines. »

La période de douze semaines doit se diviser en deux périodes de six semaines qui pourront se cumuler.

Les travaux préparatoires de la loi ne limitent pas le droit au repos au cas où l'accouchement est normal. Peu importe que l'enfant ne soit pas né vivant et viable. Car la santé de l'accouchée suffit à elle seule à motiver l'octroi du droit au repos.

1. D. P. 1928.4.83.

La loi de 1928 institue enfin une période complémentaire de repos de trois semaines en cas de prolongation d'absence due sans conteste à la grossesse ou aux couches.

**

Les lois du 5 avril 1928¹ et du 30 avril 1930² ont fait figurer à leur article 9, le risque-maternité dans la liste des risques couverts par les Caisses d'Assurances sociales.

Aux termes de l'article 9 : « Au cours de la grossesse et des six mois qui suivent l'accouchement, l'assurée et la femme de l'assuré bénéficient des prestations médicales et pharmaceutiques dans les conditions et limites fixées par les articles 4 et 5. »

De plus, six semaines avant l'accouchement, six semaines après, l'assurée a droit à une indemnité journalière de demi-salaire à la condition qu'elle ait cotisé réglementairement soixante jours pendant les trois mois qui ont précédé l'état de grossesse.

Les règlements des Caisses d'Assurances prévoient, en règle générale, les délais dans lesquels doivent être faites les déclarations concernant l'état de grossesse.

Mais la Cour de cassation a jugé que l'inobservation de ces délais ne saurait emporter la déchéance des droits de l'assurée³.

La loi accorde en outre à la mère qui nourrit elle-même son nouveau-né une prime d'allaitement.

Par ailleurs, le même texte fait entrer le cas de grossesse pathologique dans le cadre de l'assurance-maladie.

**

La femme enceinte est donc en droit d'invoquer le bénéfice de multiples dispositions légales. Mais le fait de

1. D. P. 1929.4.189.

2. D. P. 1931.4.112.

3. Cass. civ., 27 juillet 1932, *Gaz. Pal.* 1932,2.579.

la grossesse pourra avoir, dans certains cas, des conséquences juridiques préjudiciables pour la femme.

Ainsi, un arrêt de la Cour de Besançon, du 9 décembre 1931¹, a prononcé la nullité d'un contrat d'assurances sur la vie signé par une femme qui avait déclaré ne pas être enceinte alors qu'elle l'était, cette déclaration étant de nature à diminuer dans l'esprit de l'assureur l'opinion du risque.

Nous avons ainsi achevé l'analyse des dispositions légales par lesquelles est assurée la protection de la vie et de la santé de l'enfant.

1. Besançon, 9 décembre 1931, D. H. 1932, p. 92.

TITRE III

LA CONDITION DE L'ENFANT CONÇU EN DROIT CIVIL

Le législateur n'a pas seulement accordé à l'enfant conçu le droit de vivre. Dans notre loi pōsitive, cet être juridique a également un état civil, une nationalité et une parenté. Il lui est possible d'avoir un patrimoine. Il peut, enfin, se voir désigner un protecteur spécialement chargé de veiller à sa personne et à ses intérêts.

Mais il ne suffit pas de reconnaître des droits à l'enfant conçu ; il faut encore préciser *quand* l'on peut dire qu'un enfant est conçu.

Voilà pourquoi le Code civil a déterminé au préalable la période légale de la conception.

Tels sont les points que nous allons aborder, dans les pages qui vont suivre, consacrées à la condition civile de l'enfant conçu.

CHAPITRE PREMIER

LA PÉRIODE LÉGALE DE LA CONCEPTION

Le Droit vit de certitudes. Il ne servirait de rien d'établir des règles juridiques si les faits étaient inaccessibles à la recherche de la vérité. Or, rien n'est moins certain que le fait de la conception pour qui veut connaître sa date et son auteur.

Sur l'auteur, il arrive parfois, a-t-on dit, que « la nature ne fasse à la femme elle-même que de demi-confidences ». Quant à la date, les médecins sont souvent incapables de nous répondre sur ce point avec exactitude.

Le juriste devra se contenter de vérités moyennes. La technique juridique créera des présomptions qui seront parfois arbitraires, mais qui rejoindront, en règle générale, la réalité. Ainsi, l'enfant conçu pendant le mariage aura pour père le mari ; les limites extrêmes de la durée des gestations seront de 180 et 300 jours.

Mais ces instruments de la technique juridique sont une conquête relativement récente.

§ 1.

L'Histoire est féconde en doctrines et en lois diverses relatives à la durée des grossesses. Juristes et médecins ont souvent varié. Le récit de ces divergences emplirait des traités. Nous ne pouvons les passer sous silence.

La loi des 12 Tables a-t-elle prévu la question ? Un texte des *Nuits Attiques* d'Aulu-Gelle indique que les decenvirs avaient fixé à dix mois la limite extrême de la gestation ; « ... *Quoniam decemviri in decem mensi-*

bus, gigni hominem, non in undecimo scripsissent ¹. » Les decemvirs se rencontraient avec Salomon qui admettait que le terme de dix mois était conforme à la nature.

Ce témoignage d'Aulu-Gelle est aujourd'hui contesté. Comme on l'a fait remarquer, un texte des mêmes *Nuits Attiques* est en contradiction avec le premier. Il y est dit que L. Papirius, Préteur, avait déclaré légitime un enfant né 13 mois après le décès du mari, parce qu'il ne voyait pas de délai fixé par la loi, « *quoniam nullum certum tempus pariendo statutum ei videretur* » ².

La contradiction est certaine. D'autre part, le premier texte ne permet pas de déterminer la durée de la gestation la plus courte.

A l'époque classique, la Jurisprudence, éclairée par les ouvrages illustres des médecins grecs et romains, s'arrêta aux chiffres de 180 et 300 jours.

Paul ³ admet le chiffre de 180 en invoquant le témoignage du « très docte Hippocrate ». Ulpien dit de même que l'enfant d'une servante affranchie et mariée le jour même de la *manumissio* est né *justus*, s'il est venu au monde au plus tôt le 180^e jour après le mariage ⁴.

Il est certain que, s'il y avait eu un texte de la loi des 12 Tables, ces jurisconsultes l'auraient rappelé. Le premier témoignage d'Aulu-Gelle nous prouve simplement qu'il existait déjà, à cette époque, des lois imaginaires ⁵ !

Quant au chiffre de 300, il doit s'entendre de 300 jours pleins, parce qu'il ne faut compter ni le jour de l'accouchement, ni le jour du décès du mari.

Ce délai a été maintes fois consacré par les juristes et même les poètes : Virgile ⁶ et Ovide ⁷ suivent Paul et Ulpien.

Mais il reste encore quelques voix discordantes :

1. Girard, *Textes de Droit romain. Loi des XII Tables*, t. IV, n° 4. — Aulu-Gelle (3, 16, 12).

2. Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, livre III, ch. XVI, § 23.

3. L. 12, *Dig., De statu hominum*, livre I, titre V.

4. *De suis et legitimis heredibus*, L. 3, § 2.

5. Henri Lalou, *Les lois imaginaires*.

6. *Eglogues*, IV.

7. *Fastes*, III et V.

Pline, dans son *Histoire Naturelle*, admettra que les hommes naissent au 7^e, 8^e, 10^e et même 11^e mois ¹.

Le « Divin Hadrien » admettra par rescrit que la grossesse peut durer onze mois. Il s'agissait, il est vrai d'une femme de bonnes mœurs et de conduite non suspecte, qui était accouchée dans le 11^e mois de la mort de son mari.

Ces règles du Droit romain ont passé dans notre ancienne Jurisprudence. Les juges s'en inspiraient fréquemment, mais ils ne se croyaient pas liés par elles. Voici, par exemple, ce que disait l'avocat général Le Nain, au sujet d'un arrêt rendu sur la matière le 28 juillet 1705 ² : « Il est bien difficile de se régler par des lois et surtout par des lois étrangères, encore que les lois romaines soient regardées, dans plusieurs provinces du royaume, comme la loi municipale du pays... Comme le terme de dix mois est le plus long terme de la grossesse des femmes qui n'ont pas d'accident extraordinaire, on ne peut établir, dans ces matières toutes conjecturales, une règle plus sûre que celle-ci, c'est-à-dire de déclarer illégitimes tous les enfants nés dans le 11^e mois après la mort de leur père à moins que des circonstances particulières ne formassent des *présomptions violentes* en faveur de la veuve. »

En résumé, le système de l'Ancien Droit est un système de présomption simple *juris tantum*, qui admet la preuve contraire.

Ainsi disparaît la contradiction apparente existant entre les arrêts des Parlements.

Des arrêts des 22 août 1626 ³, 10 août 1632 du Parlement de Normandie ⁴, 29 juillet 1758 du Parlement de Paris ⁵, déclarent illégitime l'enfant né plus de dix mois après le décès du mari : la preuve contraire n'avait pas été faite.

1. *Histoire Naturelle*, livre VII, ch. V.

2. *Pandectes Françaises*, V^o *Paternité et Filiation*, n^o 126.

3. *Pandectes Françaises*, V^o *Paternité et Filiation*, n^o 127.

4. Guyot, *Rép.*, V^o *Légitimité*, § 3.

5. Roussilhe, *Traité de la légitimité* (n^o 48).

Au contraire, de nombreux arrêts ont écarté l'application de la présomption parce que la preuve contraire avait été faite et que « des circonstances particulières formaient des *présomptions violentes* en faveur de la veuve ».

Il en est ainsi pour les arrêts de 1475, cité par la Somme Rurale¹ du 2 août 1649², du 8 juin 1693³ (Parlement de Flandre), du 8 juillet 1697⁴ (Parlement de Rouen).

Dans tous ces cas, l'argument qui a emporté la conviction des juges, comme autrefois celle du « divin Hadrien », a été la chasteté proverbiale de la veuve. Ils étaient ainsi amenés à admettre des grossesses de 15 mois. Ils n'étaient nullement gênés si l'on invoquait le départ du père pour un très long voyage aux Iles.

Dans cette seconde série de décisions, l'on peut classer un arrêt du Parlement de Provence du 4 mai 1779⁵ qui a considéré comme légitime un enfant né 172 jours seulement après la célébration du mariage.

Quant aux médecins, leurs opinions furent des plus variées. Ils eurent cependant tendance à admettre des accouchements tardifs. Hebenstreit, doyen de la Faculté de Leipzig, Lieutard, médecin de Louis XVI, Buffon, considèrent les grossesses prolongées comme parfaitement possibles⁶.

La crédulité n'ayant plus de bornes, Petit recueillit, à Jouarre, l'observation d'une grossesse de trois ans attestée par un notaire et deux chirurgiens⁷.

En 1766, Antoine Louis, d'accord avec 23 médecins et chirurgiens de France, formula cette conclusion : « Non seulement, il est très possible que le terme de l'accouchement soit retardé jusqu'au 11^e et 12^e mois, et même

1. *Pandectes Françaises*, *eod.* v^o, n^o 130.

2. Guyot, *ibidem*.

3. Guyot, *ibidem*.

4. Merlin, *Rép.*, V^o *Légitimité*, § 1.

5. Merlin, *Rép.*, V^o *Légitimité*, § 1, 5.

6. J. François, « Contribution à l'étude de la personnalité », *Revue générale du Droit*, 1931, p. 18.

7. J. François, *ibidem*.

au delà, mais encore, il est parfaitement et *invinciblement* (*sic*) démontré que la chose est plusieurs fois arrivée ainsi¹. »

Les rédacteurs du Code civil résolurent de tarir cette source de procès innombrables. Le Conseil d'Etat chargea M. Fourcroy de lui faire un rapport sur la question. Ce rapport, intitulé : « Précis sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives », fut déposé au Conseil d'Etat à la séance du 14 Brumaire an X. Selon Fourcroy, la gestation ne pouvait durer moins de 186, ni plus de 286 jours. Dans l'intérêt de la légitimité, les rédacteurs du Code élevèrent à dix mois du calendrier républicain la durée maxima de la gestation et fixèrent à six mois la durée minima.

On revenait aux règles de l'Ancien Droit. Et cela résulte sans conteste du texte des articles 312, 313, 314, 315 du Code civil. Il ne s'est trouvé personne pour contester la chose.

§ 2.

Il s'agit là d'une présomption irréfragable, bien que la règle n'exprime pas la vérité absolue. Mais comme le disait Bigot-Préameneu : « Ce n'était point une vérité absolue que les rédacteurs de la loi avaient à découvrir. Il leur suffisait de donner aux juges une règle qui fixât leur incertitude, et ils devaient prendre cette règle dans la marche tellement uniforme de la nature qu'à peine peut-on lui opposer quelques exceptions qui ne feraient que la confirmer². »

Le phénomène physique de la conception se place ainsi dans l'intervalle de 120 jours compris entre les durées extrêmes assignées à la grossesse.

*
**

Mais si l'on désire préciser le nombre exact de jours dont se composent le minimum ou le maximum de la

1. *Dictionnaire encyclopédique des Sciences médicales*, V° *Natalité*, p. 495.

2. Loaré, t. IV, p. 50 et suiv.

durée, l'on se trouvera en présence de problèmes délicats à résoudre.

La première difficulté est celle-ci : « Doit-on calculer ces délais par jours de *die ad diem*, ou, au contraire, par heures de *momento ad momentum* ? Autrement dit, doit-on entendre par jour une période de vingt-quatre heures commençant à l'heure même de la célébration du mariage ou à l'heure même du décès, ou bien doit-on négliger les fractions de jour et compter par jours pleins de minuit à minuit ?

Voici l'espèce qui s'est présentée¹ : Mercier décède le 19 mars 1866 à deux heures du matin. Sa veuve met au monde le 31 janvier 1867, à huit heures et demie du matin, un enfant du sexe féminin. Si l'on admettait le calcul de *hora ad horam*, l'enfant né trois cent fois vingt-quatre heures plus six après la mort du mari était illégitime. En admettant, au contraire, le calcul de *die ad diem*, et en excluant du calcul le *dies a quo*, l'enfant né moins de trois cent jours après le décès du mari était légitime.

Le calcul de *momento ad momentum* est certainement plus simple et plus naturel. La nature n'a pas négligé les fractions de jour. C'est dès l'instant même de la conception que l'œuvre de la gestation commence, pour progresser de moment en moment jusqu'à la naissance qui est son but. Les principes qui régissent les délais de procédure et qui négligent les fractions de jour, ne peuvent être logiquement appliqués en cette matière. D'autre part, le calcul de *die ad diem* peut aboutir à des résultats peu rationnels. Deux enfants dont la naissance a lieu un même nombre d'heures après le décès du mari pourront être considérés l'un comme légitime, l'autre comme illégitime. Cela dépendra de l'heure plus ou moins avancée de la journée, à laquelle s'est produit le décès de leur auteur.

Cette façon de voir a des adversaires sérieux. On aurait tort, selon certains, d'attribuer à la présomption

1. Civ., 8 février 1869, D. P. 69.1.181.

légale la valeur d'une loi physiologique. Les délais légaux ne sont que des à peu près. On peut donc négliger dans le calcul la fraction de jour au cours de laquelle la conception a pu avoir lieu. Au surplus, les champions de la première thèse devraient logiquement calculer non seulement par heure, mais encore par minutes et même par secondes. Comment enfin sera-t-il possible de préciser l'heure exacte à laquelle a commencé ou a pris fin l'impossibilité de cohabitation entre les deux époux.

La Cour de cassation s'est prononcée, il y a bien longtemps en faveur de la computation par jours justement dans l'espèce que nous citons plus haut¹. Les Cours d'appel et les Tribunaux se prononcent généralement en sens contraire², et cela même depuis l'arrêt de la Cour de cassation.

*'
**

Reste un dernier point : si l'on adopte le calcul de *die ad diem*, convient-il de comprendre dans le délai le *dies a quo* et le *dies ad quem* ?

Les opinions divergent, mais l'on décide en règle générale qu'il y a lieu dans tous les cas de compter le *dies ad quem* mais d'exclure le *dies a quo*.

Cela résulte du texte même des articles du Code civil. Aux termes de l'article 314, le désaveu n'est recevable qu'à la condition que l'enfant soit né *avant* le 180^e jour du mariage, ce qui revient à dire que le 180^e jour compte comme *dies ad quem*³.

De même, l'article 315 dispose que la légitimité de l'enfant né 300 jours *après* la dissolution du mariage pourra être contestée. Le 300^e jour appartient donc à l'enfant.

D'autre part, ce texte de l'article 315 indique bien que le *dies a quo*, jour de la dissolution du mariage n'entre

1. Arrêt du 8 février 1869, précité.

2. Angers, 12 décembre 1867, D. P. 67.2.201; Trib. civ. Rodez, 19 mai 1909, S. 1911.2.39.

3. Cour de Montpellier, 11 juillet 1910, *Pandectes* 1911.2.39.

pas en ligne de compte. Cette solution admise pour le délai de 300 jours doit être étendue au délai minimum. Il serait inadmissible de suivre pour chacun une règle différente.

La jurisprudence sur la matière n'est pas d'ailleurs très abondante.

§ 3.

Les Codes étrangers ont admis les mêmes délais. Toutefois, le Droit anglais admet un délai maximum de 311 jours. Le Code civil allemand a également introduit des dispositions légèrement différentes. « Est réputée époque de la conception, la période depuis le 181^e jour jusqu'au 302^e jour. S'il est établi que l'enfant a été conçu pendant une période qui va au delà du 302^e jour avant la naissance, cette période est réputée époque de la conception, en faveur de la légitimité du mariage. »

§ 4.

Il reste un point à examiner : le Code est-il d'accord avec les dernières données de la science ? Il semble que non. La discussion médicale demeure ouverte et les chiffres de 180 et 300 sont encore l'objet de critiques¹.

Des praticiens comme Devilliers, Reid, Winckel, Ahlfeld, Veit, ont observé des grossesses prolongées au delà de 300 jours, et ont même fait le pourcentage de ces cas particuliers.

L'on pense bien qu'il s'est trouvé des médecins pour être d'avis contraire. M. Marcopoulos², résumant l'opinion du professeur Pinard, a même conclu que le chiffre de 280 était un maximum.

Mais un excellent esprit a heureusement suggéré la véritable solution du problème.

Selon M. François³, la question des grossesses tardives

1. Casalis, *Le problème de la durée de la grossesse*, thèse médecine.

2. Marcopoulos, *Grossesse dite prolongée et fœtale*, thèse de Paris, 1893, p. 22.

3. François, *op. cit.*

paraît reposer sur un calcul erroné. Il n'est possible de déterminer la date de la conception que de deux manières : par la date du rapprochement sexuel ou par la date de la suppression des règles chez la femme.

Pour le premier procédé, on n'arrive à la précision que si l'on se trouve en présence d'un rapprochement unique. D'ailleurs même dans ce cas, la fécondation peut se produire plusieurs jours seulement après le rapprochement.

Les causes de variation sont encore plus importantes lorsqu'on ne peut compter qu'à partir des dernières règles, parce qu'il arrive souvent que l'ovulation précède les règles. Le rapprochement est suivi de fécondation et par ce seul fait les règles correspondant à l'ovule fécondé se trouvent supprimées. Dès lors, on comptera non point sur les règles qui ont manqué, mais sur les dernières. Si la femme est réglée tous les 27 jours, le compte ainsi établi occasionne une erreur de deux ou trois semaines. Cette erreur peut être plus considérable si la femme a une menstruation irrégulière, se montrant par exemple tous les cinq ou six semaines.

Si, comme nous le croyons, cette hypothèse ingénieuse est exacte, les solutions du Code civil doivent être maintenues. Les chiffres adoptés par M. Fourcroy rejoignent avec bonheur les dernières données de la science.

CHAPITRE II

L'ÉTAT DE L'ENFANT CONÇU

Section I. — La nationalité de l'enfant conçu.

Parler de la nationalité de l'enfant conçu peut paraître audacieux. La question a été posée autrefois en des termes plus classiques : est-ce au moment de la conception ou de la naissance qu'il faut se placer pour déterminer la nationalité de l'individu ? Le problème se pose notamment quand l'auteur qui doit transmettre sa nationalité à l'enfant en a changé lui-même entre le moment de la conception et celui de la naissance.

Le Code civil n'a pas répondu à cette question d'une façon explicite. Les lois successives des 26 juin 1889, 22 juillet 1893 et 10 août 1927, ont imité le silence prudent des Codes. Ou, si elles ont résolu ce point, elles ne l'ont pas fait en termes formels. Les législations anglaise¹ et allemande² ne sont guère plus nettes. Seules, les législations belge³ et américaine⁴ paraissent se prononcer d'une manière qui ne laisse plus de place au doute.

Devant le silence des textes, des divergences se sont produites en doctrine et en jurisprudence.

1. Loi du 12 mai 1870, § 10, al. 5.

2. Loi du 1^{er} juin 1870, art. 11.

3. Loi du 8 juin 1909.

4. Acte du 10 février 1855, *U. S. Statutes*, vol. 10, t. I, 604, cité par M. A. Porter Morse : « De l'acquisition de la nationalité aux Etats-Unis », *Journal du Droit international privé*, 1887, n^{os} 1, 2, p. 33.

§ 1.

La thèse la plus conforme à la tradition est celle qui attribue à l'enfant la nationalité de son père au jour de la conception¹. Les juriconsultes romains avaient posé comme règle que l'enfant légitime suit le statut de son père au moment de la conception². Dans les textes du Droit français, il est vrai, on ne rencontre à aucun moment le mot de conception. Les lois emploient les mots « enfant né de ». Mais l'expression « né de » est simplement synonyme de « issu de » et désigne uniquement le rapport de filiation. Seul, le fait de la conception rattache l'enfant à son père. S'il est vrai que le *jus sanguinis* repose sur le prix attaché au sang français, l'enfant n'a dans les veines de sang français que si son père était français lors de la conception.

Sans doute, l'enfant conçu n'a-t-il pas dès à présent une nationalité, mais « le germe de sa qualité future repose en lui³ ».

L'époque de la conception sera déterminée suivant les présomptions des articles 312 et suivants du Code civil. Mais peut-on étendre ainsi la portée de ces textes ? Il semble que non. Aux termes de l'article 1350 du Code civil, la présomption légale est celle qui est attachée *par une loi spéciale* à certains actes ou à certains faits.

Dans le pire des hypothèses, les articles 312 et suivants seront invoqués comme raison écrite. On permettra même à l'enfant de choisir le jour de la période légale qui est le plus favorable à ses prétentions. On appliquera ainsi la présomption dite « *omni meliore momento* », qui complète la présomption sur la durée extrême des grossesses.

1. En ce sens, Marcadé, *Explic. du Code civil*, 5^e édit., t. I, sur l'art. 8 p. 85. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, 2^e édit., t. I, n^o 18 bis II et III, p. 71, 72. — Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 45. — Arntz, *Cours de Droit civil français*, t. I, n^o 86, p. 42. — Brocher, *Cours de Droit international privé*, t. I, p. 208, Jur. gén., V^o Droits civils, n^o 69. — Lesueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 13. — Cogordan, 2^e édit., p. 35.

2. Gaius, I, 89. — Ulpien, *Reg.*, 5, 10.

3. Marcadé, *ibidem*.

L'enfant d'ailleurs peut être posthume. On pense alors généralement que le père transmettra à l'enfant conçu la parenté qu'il avait au moment du décès¹. D'autres auteurs estiment, au contraire, que l'enfant posthume aura la nationalité maternelle².

Un deuxième système s'inspire du dernier état du Droit romain consacrant l'adage *infans conceptus*.

Les Romains s'attachaient à celle des deux dates, celle de la conception ou celle de la naissance qui était la plus favorable à l'enfant. On n'attribuait à l'enfant la nationalité du père au jour de la conception qu'autant que son intérêt l'exigeait. Si le père, pérégrin lors de la conception, est devenu citoyen au jour de la naissance, on écartait la fiction, car elle nuisait à l'enfant en lui fermant l'accès de la cité romaine³.

Laurent dissertant sur l'adage fera ainsi remarquer : le Code l'admet en matière de successions et donations, et de la sorte, il lui reconnaît un fondement rationnel. D'où il suit que le principe doit recevoir son application dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant l'exige⁴.

Comment convient-il d'entendre la notion d'intérêt ?

Certains estiment que l'enfant aura la faculté de choisir entre les nationalités successives de son auteur. D'autres pensent que c'est bien l'intérêt de l'enfant qui doit inspirer la solution, mais son intérêt tel que l'apprécie souverainement le législateur français. Or, pour le législateur français, l'intérêt de l'enfant est d'être français. L'enfant sera donc français si le père l'a été à un moment quelconque entre la conception et la naissance⁵.

Mais un troisième système est plus généralement

1. Vincent, *De la condition des mineurs dont les parents acquièrent ou recouvrent la qualité de Français*, n° 9 et suiv. — Cogordan, *De la nationalité au point de vue des rapports internationaux*, § 35 et suiv.

2. Huc, *op. cit.*, t. I, n° 225.

3. Gaius, I, P. 4.

4. Laurent, *Droit civil*, t. I, n° 327, et *Droit civil international*, t. III, n° 106, 108, p. 191-194.

5. Aubry et Rau, *op. cit.*, 4^e édit., t. I, § 69, p. 230-231. — Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, n° 151, p. 162-166. — Laurent, *ibidem*. — De Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, n° 342, 345. — Despagnet, *Précis de Droit international privé*, 5^e édit., par De Boek, n° 119. Telle était la loi belge sur la nationalité du 8 juin 1909.

admis, qui se réfère à la nationalité du père au moment de la naissance¹.

On fait remarquer que l'adage *infans conceptus* ne saurait avoir de valeur en dehors des cas spécialement prévus par le Code civil. L'enfant simplement conçu ne compte pas pour une personne. Il n'est pas entré dans la société des humains. Il n'aura une patrie qu'au moment de sa naissance.

Au surplus, si l'on interprète strictement les termes de la loi du 10 août 1927, qui n'a pas innové d'ailleurs sur ce point, par rapport aux lois précédentes, le doute n'est pas possible. L'article 1^{er} parle notamment de l'enfant légitime « né d'un Français en France ou à l'étranger », ou « né en France d'une mère française ».

On ne peut vraiment pas soutenir que ces mots expriment simplement le rapport de filiation. Par l'expression « né en France », la loi semble bien viser le fait matériel et physiologique de la naissance.

Cet argument de texte a sa valeur. Enfin, ce système présente le précieux avantage d'éviter des recherches souvent peu faciles sur la nationalité antérieure à la naissance².

Nous n'essayerons pas de découvrir un quatrième système. Nous pensons que le dernier système qui s'attache à la nationalité du père au moment de la naissance est nettement préférable aux autres.

Certes, quelques arguments que l'on a fait valoir en sa faveur ne nous paraissent pas pertinents. On soutient par exemple que l'enfant conçu n'est pas une personne. Or, cette façon de voir est inspirée par d'antiques préjugés sur la notion de sujet de droit.

Nous pensons que l'enfant conçu est un sujet de droit, mais nous pensons aussi que le véritable intérêt de l'enfant est d'avoir la même nationalité que son père.

1. Duranton, *Cours de Droit français*, t. I, n° 130. — Weiss, 2^e édit., t. I, p. 61. — Audinet, 2^e édit., n° 114. — G. de Lapradelle, *op. cit.*, p. 183 à 194.

2. Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, 1928, p. 106.

Nous ne faisons en cela que nous inspirer de la très fine analyse de M. de Boek¹. « Est-il vrai, dit-il, que l'enfant dont le père, français au jour de la conception, est devenu étranger au jour de la naissance, ait intérêt à naître français, c'est-à-dire à avoir une nationalité différente de celle de son père ? Où l'enfant sera-t-il appelé à vivre, à choisir une carrière, à se marier, sinon dans la patrie d'adoption de son auteur ? »

La règle romaine se justifiait aisément. Il était de l'intérêt de l'enfant de naître citoyen romain, quoique son père légitime, romain au moment de la conception, ait cessé de l'être au moment de la naissance. La cité romaine conférait la plénitude de tous les droits. Aujourd'hui, la qualité de membre d'une nationalité quelconque n'est certainement pas à l'égard d'une puissance égale et souveraine ce qu'était la qualité de citoyen romain, tant aux yeux de Rome elle-même que de l'univers entier courbé sous sa domination².

Il convient donc de s'attacher invariablement au moment de la naissance. Cette solution rationnelle évitera, au surplus, bien des conflits de législation.

§ 2.

La Jurisprudence française sur la matière est assez pauvre en documents.

Un arrêt de la Cour d'appel de Metz a d'abord appliqué la maxime *infans conceptus*³.

Quelques années plus tard, dans un cas voisin, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation paraissait vouloir s'attacher uniquement au moment de la naissance⁴.

Aux termes de cet arrêt, l'état d'un enfant — notamment d'un enfant né en France d'un étranger — est régi

1. Note sous Cass. Belgique, 18 avril 1887, D. P. 88.2.9.

2. De Boek, *ibidem*.

3. Metz, 8 janvier 1833, *Jur. gén.*, V^o *Paternité et Filiation*, n^o 687.

4. Aff. Correa de Serra, Req., 15 juillet 1840, *Jur. gén.*, V^o *Droits civils*, 11^{es} 495-496.

par le Code civil, si la naissance a eu lieu sous l'empire de ce Code, bien que l'enfant ait été conçu antérieurement. Cet arrêt ne répond pas directement à notre question, mais il est favorable à notre thèse.

Un arrêt du Tribunal de l'Empire allemand, ayant en matière de recherche de la paternité naturelle à faire application de loi personnelle du père, a décidé que la nationalité de ce dernier devait être appréciée, au jour de la naissance et non à celui de la conception de l'enfant ¹.

Les Tribunaux belges, chargés d'appliquer les mêmes textes que les Tribunaux français ont eu plus souvent à prendre position. Mais ils n'ont pas toujours tranché la difficulté dans le même sens.

La Cour de cassation belge a d'abord décidé que l'enfant doit avoir la nationalité du père au jour de la naissance ². Puis elle a paru abandonner cette solution dans des arrêts du 5 mars 1877 et du 9 juillet 1883 ³.

Un dernier arrêt revient à la première thèse tout en donnant une solution plus nuancée ⁴.

Voici l'espèce. Scheffers est né à Gand le 12 février 1847. Son père, né à La Haye le 18 novembre 1801, avait obtenu en Belgique la naturalisation à la date du 11 août 1846.

Scheffers revendique la qualité de Belge. La Cour de Gand l'admet. Son adversaire demandeur au pourvoi soutient que Scheffers ayant été conçu à une époque où son père était étranger ne pouvait acquérir la nationalité belge à raison de sa naissance qu'en faisant une option de nationalité conformément à l'article 9 du Code civil.

La Cour de cassation belge rejette le pourvoi, en répondant en ces termes : « Suivant les principes généraux, c'est au moment où il naît que l'enfant acquiert la jouissance des droits civils, et que s'établit entre lui

1. Tribunal de l'Empire allemand, 23 février 1892, D. P. 94.2.325.

2. C. de cass. de Belgique, 17 février 1873, *Pasicrisie* 73.1.119.

3. Cass. Belgique, 5 mars 1877, *Pasicrisie* 1877.1.139; C. cass. Belg., 9 juillet 1883, *Belgique Judiciaire*, 1883, p. 872.

4. C. cass. Belg., 18 avril 1887, D. P. 88.2.9.

et son père le rapport légal de filiation d'où dérive sa nationalité. Si les auteurs du Code civil dans les dispositions des articles 725 et 906 ont appliqué l'adage romain, c'est uniquement parce que selon l'esprit de l'adage, l'application était favorable aux intérêts de l'enfant. Loin de vouloir ériger cette fiction en règle absolue, ils ont marqué au contraire par l'article 961 l'intention de ne point permettre qu'elle tournât contre lui. Il résulte de là que le défendeur pour revendiquer la qualité de Belge avait le droit d'invoquer la date de sa naissance et la nationalité acquise par son père à cette date. »

Cet arrêt très nuancé n'écarte pas, d'une façon formelle, l'adage *infans conceptus*, car, s'il se réfère à la nationalité correspondant à la naissance, c'est parce que cette nationalité est revendiquée par le principal intéressé.

Toute cette jurisprudence n'a plus aujourd'hui qu'une valeur scientifique et historique.

En France, la pratique de la Chancellerie, chargée d'appliquer la loi du 26 juin 1889, dont les termes qui nous intéressent ont été reproduits par la loi du 10 août 1927, a consacré le système de la nationalité à l'époque de la naissance¹.

C'est donc à la naissance qu'il faut s'attacher sans réserves. Nous avons vu d'ailleurs que cette règle est conforme aux intérêts de l'enfant.

Dans certaines hypothèses spéciales d'acquisition de la nationalité, on tiendra compte également du fait de la naissance et non du fait de la conception. Ainsi, pour être Français, l'enfant né de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue, doit être *né* en France. La simple conception sur le sol français ne lui donnerait pas la nationalité française².

Voici un autre cas : Aux termes de la loi du 10 août

1. Stemler, « Application pratique de la nouvelle loi sur la nationalité », *Clunet*, 1890, p. 388. — Cluzel, « La jurisprudence de la Chancellerie, en matière de nationalité », *Clunet*, 1908, p. 397.

2. *Rép. prat.*, V° Nationalité, n° 73.

1927, sont Français les enfants légitimes nés en France d'un père étranger qui y est lui-même né. La seule condition que la loi exige est que l'enfant et ses auteurs ou du moins celui dont il prend la nationalité soient nés en France. Il résulte de là qu'on doit refuser le bénéfice de ces dispositions à l'enfant conçu en France et né en pays étranger, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est légitime ou naturel¹.

Section II. — La parenté de l'enfant conçu.

L'enfant a-t-il dès la conception une parenté, et cette parenté légitime, naturelle ou adultérine, est-elle inviolable ? La logique nous invite à dire oui.

La nature d'une filiation dépend sans conteste de la qualité du commerce charnel dont est né l'enfant².

La filiation légitime a son origine dans des relations consacrées par la morale et par la loi, en raison du mariage qui les a précédées. La filiation naturelle procède d'une union libre que la loi a traitée avec défaveur. Quant aux enfants issus d'un adultère ou d'un inceste, ils sont en principe à jamais adultérins ou incestueux³.

Voilà la règle, les exceptions diffèrent suivant la nature de la filiation.

§ 1.

La conception dans le mariage est la source normale de la légitimité. Cette solution a été depuis longtemps admise par les arrêts et les auteurs.

Tel est bien le système du Code civil. Lors des débats au Conseil d'Etat, Béranger et Fourcroy ont expressément déclaré que la filiation se déterminait par la conception⁴. L'article 312 exclut le moindre doute. « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. »

1. *Ib.*, nos 82, 83.

2. René Lalou, *Etude de la maxime infans conceptus pro nato habetur en Droit français*, thèse Paris, 1904, p. 35.

3. Rouast, D. P. 1935.1.6.

4. Cf. René Lalou, *op. cit.*, *ibidem*.

Nous savons au surplus quelle est la période légale de la conception. Elle va du 300^e au 180^e jour précédant la naissance. Mais les articles 312 et suivants ne contiennent pas seulement une présomption sur la durée extrême des grossesses.

Un enfant naît 200 jours après la dissolution du mariage de ses parents. Sa conception peut être antérieure ou postérieure à cette dissolution. Le Code civil choisit cependant pour l'enfant le jour de la période légale qui est le plus favorable à sa légitimité, et il présume que l'enfant a été conçu avant la dissolution du mariage.

Le Code admet de la même façon que l'enfant qui est né plus de 180 et moins de 300 jours après la célébration du mariage a été conçu pendant le mariage. Cette présomption complémentaire a été excellemment appelée présomption *omni meliore momento*¹.

Bien plus, la légitimité des enfants conçus et nés après la dissolution du mariage de leur auteur « pourra (simplement) être contestée » (art. 315 du Code civil).

La Jurisprudence en a déduit cette conséquence que, tant que le mari n'a pas exercé l'action en désaveu, il doit être regardé comme le père de l'enfant, né plus de 300 jours après la dissolution du mariage et que la reconnaissance de cet enfant faite par celui qui se prétend son père naturel est nulle². Une solution identique a été donnée en matière de reconnaissance judiciaire de paternité³.

Cette règle ne jouera d'ailleurs pas dans les cas, étudiés plus bas, où la loi autorise la légitimation des enfants adultérins.

L'examen de la condition d'une catégorie spéciale d'enfants légitimes va nous mettre en présence de difficultés juridiques plus sérieuses.

Quelle sera la qualité des enfants conçus hors mariage

1. Gény, *Science et Technique en Droit privé positif*, t. III, p. 290.

2. Cour de Paris, 30 janvier 1924, *Gaz. Trib.* du 23 mars 1934.

3. Tribunal civil de Poitiers, 30 octobre 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.826, commenté dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 123.

mais nés dans le mariage ? L'article 314 s'exprime en ces termes : « L'enfant né avant le 180^e jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants... » (Suit l'énumération des cas.)

Quel est le sens de ce texte : Suivant l'opinion traditionnelle, l'article 314 consacre une exception à la règle formelle de l'article 312.

Cet enfant naturel par sa conception, *naît légitime*, voilà pourquoi il est parlé de *désaveu*. Mais, s'il naît légitime, ce n'est qu'en vertu d'une fiction de la loi qui suppose de la part des époux l'intention de lui conférer la légitimité par un mariage postérieur à la conception mais antérieur à la naissance¹.

Il s'agirait donc d'une légitimation tacite, ou plutôt d'une légitimation légale².

Mais un second système s'est fait jour : Pourquoi faire appel aux fictions, et à une volonté présumée de légitimation. Cet enfant n'est pas légitimé, il est légitime, et cela parce que la naissance au cours du mariage est également une source de la légitimité. Les champions de cette thèse se réfèrent aux travaux préparatoires du Code civil. Regnault de Saint-Jean-d'Angély, s'exprime ainsi : « C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre. L'enfant conçu avant le mariage et né pendant est légitime si le père ne réclame pas³. »

Portalis fit des déclarations analogues⁴. Il y a égale-

1. Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, 3^e édit., t. IV, n^{os} 519 et suiv. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit. (Bartin), t. IX, § 545, n^o 9. — Planiol et Ripert, *Traité prat. Droit civil*, t. II : *La Famille*, par A. Rouast, n^o 710. — *Traité élém.*, 12^e édit., t. I, n^{os} 1366-1559. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élém. de Droit civ.*, 8^e édit., avec le concours de Julliot de la Morandière, t. I, n^o 242. — En sens contraire : Demolombe, *Cours de Code civil*, t. V, n^{os} 60 à 63. — Beudant, *Cours de Droit civil. Etat de capacité*, t. II, n^{os} 534 et suiv. — Gaudemet, *Revue trim. Droit civil*, 1926, p. 377. — Ed. Lévy, *Traité de la légitimation*, 2^e édit., n^{os} 69 et suiv.

2. André Rouast, « La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage », *Revue trim. Droit civil*, 1927, p. 137. — Cf. A. Besson, note à la *Semaine Juridique*, 1930, p. 350.

3. Loaré, *Législation civile de la France*, t. VI, p. 44-45.

4. « Le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui naît dans le mariage, soit que l'enfant ait été conçu avant, soit qu'il ait été conçu après. La loi doit d'abord lui imprimer ce caractère. » (Loaré, *ibid.*)

ment en faveur du second système des arguments de texte. La rubrique du Livre I^{er}, titre 8, chapitre 1^{er}, porte les mots « des enfants légitimes ou *nés dans le mariage*. »

L'article 331 qui a trait à la légitimation ne dispose que pour les enfants *nés hors mariage*.

L'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage est donc *légitime* et non pas *légitimé*.

La nuance est d'une importance considérable.

Si on admettait que l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage est *légitime*, peu importerait dans quelles conditions il aurait été conçu. Peu importerait, par exemple, que la date de sa conception trahisse une filiation adultérine. Si l'on considérait, au contraire, ce même enfant comme *légitimé*, il ne saurait faire partie de la famille légitime de son auteur puisque la loi prohibe la reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins, et son état pourrait être contesté par toute personne intéressée.

Autre intérêt de la distinction : si l'enfant conçu hors mariage, mais né dans le mariage, est considéré comme légitime, sa légitimité logiquement devra rétroagir au jour de la conception.

S'il est considéré simplement comme légitimé, sa légitimité ne remontera pas au delà de la célébration du mariage.

La Jurisprudence française avait d'abord considéré que la légitimité devait s'apprécier uniquement d'après la date de la conception. Deux arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile du 28 juin 1869, avaient ainsi consacré le premier système ¹.

La deuxième thèse qui admet la dualité des sources de la légitimité, souvent adoptée par les Cours d'appel ², vient d'être officiellement accueillie par la Cour de cas-

1. D. P. 69.1.335.

2. Grenoble, 19 février 1868, D. P. 68.2.128; Poitiers, 19 juillet 1875, D. P. 76.2.28; Trib. civ. Bar-le-Duc, 28 février 1862, D. P. 63.3.57.

sation dans l'arrêt Degas¹. La Cour suprême belge l'avait d'ailleurs précédée dans cette voie².

Les circonstances de l'affaire Degas sont des plus intéressantes. René Degas se marie en 1869, aux Etats-Unis, avec Andrée Musson. Plusieurs enfants naissent de cette union. En 1877, cependant, il abandonne son foyer, suivi de sa maîtresse America Durive, mariée et de nationalité américaine.

Les deux époux délaissés obtiennent chacun contre les fugitifs un jugement de divorce pour cause d'adultère (23 janvier 1879). Les amants, enfin libres, se marient à New-York le 6 février 1879 et, 167 jours après, le 22 juillet 1879, un enfant, Maurice, naissait de leur union. Le nouveau foyer s'installe en France. D'autres enfants naissent.

Longtemps plus tard, mourait René Dugas, laissant par testament son importante fortune aux enfants issus de son second mariage. Un procès s'engage autour de la succession, mettant en conflit les enfants du premier lit demeurés en Amérique et les enfants nés du second mariage.

Les Degas-Musson demandent et obtiennent la nullité du mariage contracté à New-York en 1879. C'était à tort que René Degas avait été divorcé en 1879, puisqu'à cette date le divorce n'avait pas été rétabli en France.

Mais les Degas-Durive firent juger que le mariage, ayant été contracté de bonne foi, revêtait le caractère d'un mariage putatif. Les enfants du second lit conservaient donc la qualité et les droits d'enfants légitimes. Mais quelle était la situation de l'enfant premier né des relations de René Degas et de sa seconde femme. Né 167 jours seulement après la célébration du mariage, sa filiation était adultérine.

1. Cass. civ., 8 janvier 1930, D. P. 1930.1.51, note signée G. P.; *Gaz. Pal.* 1930.1.264; *Gaz. Trib.*, 19 février 1930; *Semaine Juridique*, 1930, p. 350, et note A. Besson; *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1930, p. 360 et la note de M. Gaudemet.

2. Cour de cassation de Belgique, arrêt du 29 novembre 1906, D. P. 1909, 2.68.

La Cour de cassation devait dire si l'on doit reconnaître la qualité d'enfant légitime à un enfant issu d'un commerce adultérin antérieur au mariage, mais né au cours de ce mariage.

La Cour, confirmant l'arrêt de la Cour de Paris du 31 décembre 1925¹, a répondu en ces termes : « Tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception. S'agissant d'un enfant conçu avant le mariage, ladite qualité lui est reconnue, moins à raison de l'intention présumée chez ses parents de lui conférer par mariage le bénéfice d'une légitimation, qu'en vue de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille. »

De telles considérations suffisent à expliquer qu'entre enfants nés au même foyer et jouissant de la même possession d'état, la loi n'ait voulu introduire aucune distinction fondée sur la date respective de leur conception.

La solution de la Cour suprême est très nette. L'enfant conçu et l'enfant né au cours du mariage sont légitimes au même titre.

*
**

Mais cette légitimité de l'enfant né au cours du mariage a-t-elle un caractère rétroactif ? Ses effets remontent-ils au jour de la conception ou bien simplement au jour du mariage ?

Voici l'intérêt pratique de la distinction. Un enfant conçu avant le mariage et né au cours de sa durée pourra-t-il recueillir une succession ouverte avant le mariage de ses parents, mais moins de 300 jours avant sa naissance : celle d'un frère utérin par exemple. La Doctrine ne l'a pas admis².

1. Paris, 31 décembre 1925, D. H. 1926, p. 58; *Gaz. Pal.* 1926.1.468; *Gaz. Trib.* 1926.2.306; commenté dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1926, p. 377-382.

2. Merlin, *Répertoire*, V^o *Succession*, sect. I, § 2, art. 5, n^o 1. — Demolombe, t. V, n^o 64. — Valette, sur Proudhon, t. II, p. 23. — Marcadé, sur l'art. 314. — Massé et Vergé, sur Zachariae, t. I, p. 294, n^o 6. — Aubry et Rau, t. VI, § 545, notes 10 et 11, p. 32. — Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, t. IV, n^o 521.

Autre hypothèse plus moderne : l'enfant conçu lors de l'accident survenu à son père, et dont les suites furent mortelles, a-t-il droit à la rente allouée par la loi du 9 avril 1898 (art. 3), aux enfants légitimes, alors que le mariage de ses parents est postérieur à l'accident, mais antérieur à sa naissance ?

La Jurisprudence est, sur ce point, indécise.

Les Cours d'appel¹ décident généralement que la légitimité de l'enfant conçu hors mariage et né dans le mariage ne date que de la célébration du mariage. Depuis le moment de la conception jusqu'à la célébration du mariage l'enfant conçu est illégitime.

En réalité, cette façon de voir n'est exacte que si l'on considère, suivant l'opinion traditionnelle, que l'enfant conçu hors mariage, mais né dans le mariage, est *légitimé* par le mariage de ses auteurs. S'il est *légitimé*, sa légitimité ne saurait évidemment dater que du mariage.

Mais si, comme nous le pensons, le seul fait de la naissance au cours du mariage, quelle que soit la date de la conception, est une source autonome de la légitimité, l'enfant qui naît dans le mariage est légitime dès le jour où il a été conçu. Il n'aura eu qu'une seule parenté, la parenté légitime.

La Cour suprême tend à admettre que la légitimité de l'enfant né dans le mariage a un effet rétroactif.

Elle l'a affirmé dans l'arrêt Degas, en effaçant le vice d'adultérinité antérieur au mariage. Elle vient, dans l'arrêt Dewalle, cassant l'arrêt de la Cour de Douai précité², d'accueillir la thèse de la rétroactivité d'une manière implicite, il est vrai, mais certaine. Elle a basé sa décision en termes exprès sur la maxime *infans conceptus*. Il s'agissait justement du droit à la rente prévue par la loi du 9 avril 1898, dans un cas analogue à celui que nous venons d'indiquer. Voici les faits : Dewalle est victime d'un accident du travail le 14 octo-

1. Douai, 7 décembre 1934, *Gaz. Pal.*, 6 novembre 1936; Caen, 20 juin 1935, *Gaz. Pal.* 1935.2.470.

2. Cass. civ., 2 juillet 1936, *Gaz. Pal.*, 2 novembre 1936, D. H. 1936, p. 506.

bre 1930. Il meurt le 25 octobre des suites de l'accident après avoir régularisé par mariage, à la date du 23 octobre, une liaison illégitime. Sa veuve met au monde, le 4 janvier 1931, une fille, Jeannine, au nom de laquelle elle demande une rente viagère.

La Cour de cassation, après avoir constaté que la jeune Jeannine Dewalle, dont la conception était antérieure au mariage, aux termes des articles 314 et suivants du Code civil, était incontestablement conçue au jour de l'accident, a jugé en ces termes :

« Attendu que la Cour d'appel a écarté la demande motif pris de ce que... conçue illégitime, la jeune Dewalle n'est devenue légitime qu'à partir et par l'effet du mariage des parents, dont la célébration est postérieure à l'accident.

» Mais, attendu que l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né *en tant que* son intérêt l'exige quant à l'obtention de la rente due en cas d'accident de travail. ... Qu'on ne saurait, sans nuire à l'intérêt de l'enfant... faire état de la date du mariage de la mère... Par ces motifs, Casse. »

La thèse de la Cour d'appel est écartée simplement d'une manière indirecte ; mais le *résultat* est certain : la légitimité de l'enfant conçu hors mariage, mais né dans le mariage rétroagit au jour de la conception.

Voilà donc, pour la filiation légitime, une exception importante au principe que l'enfant conçu a déjà une parenté invariable :

La loi accueille sur un pied d'égalité, au foyer légitime, un enfant conçu dans la faute.

Mais c'est justement la force de l'institution familiale de pouvoir étendre son ombre indulgente sur les libres liaisons qui ont précédé la vie conjugale.

*
**

Mais il convient de pousser encore plus loin l'analyse des principes régissant la légitimité.

L'enfant qui est légitime à deux titres, pour être à la fois conçu et né dans le mariage, peut-il invoquer la

source de légitimité qui est la plus favorable à ses intérêts ? Ainsi, l'enfant qui naît plus de 180 et moins de 300 jours après le mariage peut-il prétendre avoir été conçu antérieurement au mariage et fonder sa légitimité sur le simple fait de sa naissance dans le mariage ?

La question s'est posée en Jurisprudence dans l'affaire Hérauvail¹.

Hérauvail est victime d'un accident du travail le 23 mai 1930, alors qu'il vivait en concubinage avec une femme. Le mariage est célébré entre eux le lendemain 24 mai. L'ouvrier meurt des suites de l'accident, le 11 novembre de la même année. Et, le 23 janvier 1931, soit 244 jours après le mariage et 245 après l'accident, un enfant venait au monde. Deux jours avant cette naissance, la mère avait intenté une demande de rente au nom de son enfant à naître.

Si l'enfant fondait sa légitimité sur le fait qu'il avait été conçu pendant le mariage, il n'avait droit à aucune indemnité comme étant conçu postérieurement à l'accident.

S'il fondait, au contraire, sa légitimité sur le simple fait qu'il était né pendant le mariage, sa conception fût-elle antérieure, il pouvait réclamer la rente en alléguant le fait qu'il était conçu au moment de l'accident et que sa légitimité rétroagissait à cette date.

L'enfant a-t-il le droit de choisir ?

M. Rouast a soutenu la négative². Ce serait, dit-il, le seul exemple d'une option exercée par l'enfant en ce qui concerne sa filiation. Les textes du Code relatifs à cette matière sont impératifs. Ils ne laissent même pas à l'enfant le droit de protester contre le père que lui attribue l'article 312, si celui-ci ne veut pas le désavouer. L'enfant ne choisit pas sa filiation, même si elle va à l'encontre de la vraisemblance, même si elle lèse ses intérêts. Comment lui permettrait-on de déterminer la qualité de cette filiation à son choix soit par sa naissance, soit par sa conception ?

1. Cass. civ., 4 janvier 1935, D. P. 1935.1.5, avec la note de M. André Rouast. V. également *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 627.

2. Note sous Cass. civ., 4 janvier 1935, D. P. 1935.1.5.

Nous objecterons que l'option laissée à l'enfant ne change en rien la qualité de sa filiation. Dans l'un et l'autre cas, l'enfant reste légitime. Il s'agit simplement de savoir si les présomptions édictées en faveur de l'enfant vont se retourner contre lui. La Cour de cassation n'a pas voulu l'admettre.

Elle a cassé l'arrêt de la Cour de Rouen du 2 décembre 1931 ¹, qui avait décidé que la mineure Hérauval, née plus de 180 jours après la célébration du mariage, devait être réputée conçue dans le mariage, et ne pouvait prétendre être déjà conçue au moment de l'accident antérieur au mariage de ses parents.

La Cour de Caen, devant qui le renvoi avait été ordonné, a, il est vrai, par arrêt en date du 20 juin 1935 ², déclaré la demande de rente introduite au nom de l'enfant irrecevable. Mais elle a invoqué à l'appui de sa décision des motifs différents : elle a admis que la mineure Hérauval pouvait soutenir qu'elle était déjà conçue au moment de l'accident. Cependant, elle n'avait pas droit à la rente prévue par la loi de 1898, puisque, comme enfant naturel non reconnue au jour de l'accident, elle en était exclue et que, comme enfant légitime, elle ne pouvait faire remonter sa légitimité au delà du mariage qui en était l'origine.

Mais cette argumentation, que l'on retrouve d'ailleurs dans un arrêt de la Cour de Douai du 7 décembre 1934 ³, a été condamnée par la Cour de cassation dans l'arrêt Dewalle du 2 juillet 1936 ⁴ que nous avons analysé plus haut.

Ainsi donc, l'enfant qui est légitime à deux titres, pour être à la fois conçu et né dans le mariage peut invoquer la source de légitimité qui est la plus favorable à ses intérêts.

Le système de la Cour de cassation est évidemment audacieux. A cet égard, les arrêts Hérauval et Dewalle

1. Rouen, 2 décembre 1931, D. P. 1935.1.5.

2. Caen, 20 juin 1935, *Gaz. Pal.* 1935.2.470.

3. Douai, 7 décembre 1934, *Gaz. Pal.*, 6 novembre 1936.

4. Cass. civ., 2 juillet 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.000, et D. P. 1936.1.118, avec la note E. de Lagrange.

sont aussi révolutionnaires que l'arrêt Degas. Leur liaison intime est d'ailleurs certaine¹.

Mais cette audace s'explique par la nécessité qu'il y a, à l'heure actuelle, de favoriser l'institution du mariage, que les Cours d'appel semblent minimiser au profit de l'union libre.

Une immense indulgence anime la Cour suprême à l'égard des jeunes gens qui régularisent leur union ; et il n'y a pas de décision trop favorable pour les enfants qui prennent place dans le foyer qu'ils viennent de fonder.

*
**

Nous envisagerons, pour terminer, le cas inverse, où l'enfant voit sa parenté légitime contestée par l'action en désaveu, que la loi a réglementée d'une manière si précise. Il s'agit alors de savoir si le désaveu, lorsqu'il est admis judiciairement, produit ses effets dès le jour de la conception ou bien simplement à partir de la demande en justice.

La solution logique et conforme à l'esprit des textes est défavorable à l'enfant. Si le désaveu est admis, l'enfant devient tout à fait étranger à la famille du mari. Sa parenté légitime est absolument effacée.

Dès lors, nous répondrons par la négative à la question voisine : si l'enfant peut être désavoué avant sa naissance.

On invoque, à l'appui de cette solution admise à l'unanimité², l'adage *infans conceptus*. S'il arrive que l'on considère l'enfant conçu comme déjà né, c'est par une fiction uniquement introduite dans son intérêt. Le désaveu ne peut donc être autorisé que contre l'enfant déjà né. On ajoute aussi que l'enfant conçu n'est pas une personne : il n'est rien.

1. Cf. Rouast, note sous Cass. civ., 4 janvier 1935, D. P. 1935.1.5.

2. Liège, 12 fructidor an XIII, Cass., 25 août 1806, S. 1806.2.24 et 952; Sirey, *Jur. gén.*, V° *Paternité*. — Magnin, *Des minorités*, t. I, p. 209. — Aubry et Rau, t. IV, p. 589. — Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, t. III, n° 551, p. 431. — Demolombe, p. 161. — *Contra* : Zachariae, t. I, p. 303.

Nous ne sommes pas de cet avis : l'enfant conçu est, selon nous, un sujet de droit. Nous croyons plutôt que l'action est prématurée. L'enfant peut ne pas naître viable, et surtout le désaveu intenté après la naissance suffira pour effacer à jamais la parenté légitime de l'enfant.

Signalons enfin ici une application du principe aux termes duquel, dans les questions d'état des personnes, l'enfant conçu est considéré comme né lorsque son intérêt l'exige : l'article 344 du Code civil modifié par la loi du 19 juin 1923 dispose que l'adoption n'est permise qu'aux personnes qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes. On s'accorde à reconnaître que, suivant la maxime *infans conceptus*, l'existence d'un enfant simplement conçu constitue un obstacle à l'adoption¹. L'adoption réalisée malgré cet obstacle serait certainement entachée de nullité absolue² à la condition toutefois que l'enfant naisse vivant et viable.

§ 2.

L'enfant naturel, simple, adultérin ou incestueux a dès la conception une parenté illégitime, qui est invariable en principe. Mais comment déterminer l'époque de la conception ?

*
**

Les présomptions des articles 312 et suivants Code civil figurent au titre « de la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage ». Ont-elles cependant une portée générale ? Concernent-elles la filiation des enfants nés hors mariage ?

La jurisprudence guidée et suivie par d'excellents esprits, a accueilli une distinction rationnelle qui résout élégamment l'apparente contradiction de ses décisions.

1. Fuzier-Herman et Demogue, *Code civil annoté*, art. 344, n° 7. — Planiol et Ripert, *La Famille*, par Rouast, n° 1017.

2. Cf. Colin et Capitant, t. I, n° 317.

Les articles 312 et suivants contiennent deux présomptions relatives à la conception des enfants ¹.

La première, fixant la durée extrême des grossesses; est applicable à toute filiation légitime ou naturelle. L'article 312 a pour base la consultation de Fourcoy à qui les rédacteurs du Code civil avaient demandé de fixer, *d'après les données de la science*, la durée extrême des gestations utérines.

Or, les données de la science sont de toute évidence indépendantes de la nature de la filiation.

De plus, le texte du nouvel article 340 fournit en faveur de cette thèse, en matière de recherche de paternité, un argument décisif. La *période légale* de la conception dont il y est trois fois parlé ne peut être que celle établie par l'article 312.

Les arrêts ont maintes fois consacré cette solution en matière de filiation naturelle. La Jurisprudence en déduit même des conséquences fort intéressantes dans certains cas : un enfant naturel naît plus de 180 jours après sa conception. La Cour de Nancy désigne un médecin, avec mission de dire si cet enfant est né viable. La Cour suprême casse cet arrêt en déclarant l'expertise inadmissible, par application de l'article 312 : le texte de l'article en fixant la période légale de la conception de l'enfant entre le 300^e et le 180^e jour avant sa naissance, présume par cela même que l'enfant peut naître viable à quelque moment qu'il ait été conçu au cours de cette période ².

Cette même présomption sur la durée extrême des grossesses a été également étendue à la filiation adultérine. Si l'enfant illégitime naît plus de 300 jours après le mariage de son auteur avec une autre que la mère, ou moins de 180 jours après la dissolution de ce mariage, il sera nécessairement adultérin.

La présomption complémentaire de l'article 312 attribuant au mari la paternité d'un enfant conçu à un mo-

1. Rouast, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1924, p. 67.

2. Cass., 11 juillet 1923, D. P. 1923.1.130.

ment quelconque de la période comprise entre les deux dates extrêmes, est spéciale à la filiation légitime ¹.

C'est la présomption *omni meliore momento* que M. Gény a si excellemment mise en lumière ².

L'enfant est présumé avoir été conçu le jour de la période légale qui est le plus favorable à sa légitimité.

Si la loi interdit de rechercher l'époque exacte de la conception des enfants légitimes, c'est un effet du mariage, le législateur préfère fermer les yeux sur les erreurs que cette prohibition peut recouvrir à fin de renforcer la solidité de la famille légitime ³.

Seul le lien conjugal autorise une telle présomption. Cette présomption de l'article 312 ne s'applique donc pas aux enfants naturels, il sera dès lors permis, à l'intérieur des limites extrêmes des articles 312 et suivants du Code civil de se livrer à des recherches sur l'époque vraisemblable de la conception d'un enfant naturel. Il sera ainsi possible de rechercher si tel enfant naturel a pu n'être conçu que 188 jours avant sa naissance ⁴. Ces recherches ne doivent sans doute pas aller à l'encontre de l'article 342 Code civil.

De même, il convient d'écarter la règle de l'article 312 en matière de filiation adultérine. Un enfant n'est pas nécessairement adultérin, alors même qu'il est né plus de 180 et moins de 300 jours après le mariage du père qui l'a reconnu, avec une femme autre que la mère ⁵.

La présomption complémentaire de l'article 312 est une faveur faite aux enfants légitimes d'où l'on ne saurait *a contrario* tirer un argument à l'égard des enfants illégitimes. La présomption *omni meliore momento* pour les enfants légitimes ne peut pas se transformer en une présomption *omni pejore momento* pour les enfants illégitimes.

Le bon sens commande cette solution. Un enfant naît

1. Rouast, *ibidem*.

2. Gény, *Science et Technique en Droit privé positif*, t. III, p. 290.

3. Rouast, *ibidem*. — Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. II : *La Famille*, par André Rouast, n° 770.

4. Cass. civ., 11 juillet 1923, D. P. 1923.1.130.

5. Cass. civ., 16 mars 1925, D. P. 1926.1.145, avec la note de M. André Rouast.

plus de 180 et moins de 300 jours après le mariage de son père avec une femme autre que la mère ou plus de 180 et moins de 300 jours après la dissolution de ce mariage. Cet enfant n'est pas nécessairement adultérin. Il a pu sans doute être conçu pendant le mariage, mais il a pu aussi être conçu avant ou après. Les tribunaux auront ici un large pouvoir d'appréciation. L'enfant pourra suivant les cas être déclaré adultérin ou non.

La Cour de cassation a même établi une présomption de non-adultérinité au profit des enfants illégitimes nés dans les 300 premiers jours du mariage¹. Il est certain qu'une présomption semblable serait admise pour les mêmes motifs au profit des enfants illégitimes qui naissent plus de 180 et moins de 300 jours après la dissolution du mariage².

L'enfant illégitime bénéficie du doute³.

Mais cette présomption de non-adultérinité tombera devant la preuve contraire. Et c'est ainsi que s'expliquent des décisions au premier abord contradictoires.

Ainsi un enfant né 203 jours depuis que son père a cessé d'être engagé dans les liens du mariage a pu être déclaré adultérin⁴. Au contraire, un enfant né 188 jours après le mariage de son père a été considéré comme enfant naturel simple⁵.

Le système nuancé de la Jurisprudence nous paraît d'une souplesse remarquable. Le jugement ou l'arrêt seront chaque jour l'expression de la vie, dans sa variété infinie.

**

L'époque de la conception des enfants naturels étant ainsi déterminée, nous pouvons reprendre l'étude de la

1. Arrêt du 16 mars 1925, précité.

2. Rouast, *ibidem*.

3. Duranton, *Cours de Droit français*, t. III, n° 194. — Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, *Des personnes*, 3^e édit., t. IV, n° 629. — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 966. — *Contra* : Laurent, *Principes du Droit civil français*, t. IV, n° 4 et 136.

4. Dijon, 29 août 1818, R. 719.

5. Cass. civ., 16 aars 1925, précité, sur renvoi, Nîmes, 16 juin 1926, D. P. 1927.2.116. Cf. Rennes, 19 novembre 1919, D. P. 1920.2.89, et la note de M. Duparcq.

règle que nous avons énoncée : l'enfant naturel a dès la conception une parenté illégitime qui est, en principe, invariable.

Nous avons vu toutefois que si cet enfant est né au cours du mariage de ses auteurs, il est légitime.

Cette exception n'est pas la seule. La parenté de l'enfant naturel peut changer soit au cours de la conception, soit après la naissance, et il conviendra de se demander si l'effet de ces changements rétroagit au jour de la conception.

Il est tout d'abord admis que la reconnaissance d'un enfant naturel est un acte déclaratif qui produit un effet rétroactif. Un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1884¹ déclare que les effets de la reconnaissance remontent à l'époque de la naissance de l'enfant reconnu.

Un arrêt de la Cour de Nancy du 25 mars 1890 faisant application de ces principes a décidé que l'enfant naturel reconnu pendant sa minorité suit la nationalité qu'a l'auteur de la reconnaissance au moment où cet enfant est né².

Nous irons même plus loin : nous pensons que sauf dans la matière de la nationalité régie par des règles spéciales, les effets de la reconnaissance remontent au jour de la conception, déterminés d'après les présomptions légales.

Cette précision aura son intérêt au cas de succession ouverte postérieurement à la conception de l'enfant mais antérieurement à sa reconnaissance.

L'enfant sera habile à succéder.

Il est admis, en effet, que l'enfant naturel reconnu judiciairement après le décès de son père, à la suite de l'action en recherche de paternité que lui ouvre l'article 340 du Code civil, peut réclamer sa part de succession contre les héritiers légitimes du *de cujus*³.

Il y a toutefois une exception légale au principe de

1. Civ., 22 janvier 1884, D. P. 84.1.117, S. 84.1.227. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 6^e édit., t. I, p. 286.

2. Nancy, 25 mars 1890, D. P. 91.2.89.

3. Civ., 20 février et 24 juillet 1917, D. P. 1917.1.8, et note de M. Capitant; Req., 8 mai 1934, D. H. 1934, p. 345.

l'effet rétroactif de la reconnaissance. L'article 3 de la loi du 9 avril 1898 n'accorde de rente aux enfants naturels après un accident mortel survenu à leur auteur que s'ils ont été reconnus avant cet accident, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire. Ainsi l'enfant dont la filiation naturelle a été déclarée après l'accident, n'a pas droit à la rente¹, alors même qu'il était déjà conçu au jour de l'accident.

*
**

Peut-on reconnaître un enfant avant sa naissance ? La question présente un intérêt certain pour le cas où le père viendrait à mourir avant la naissance et pour le cas aussi où la mère mourrait en accouchant.

Le texte de l'article 334 paraît assez défavorable à la solution affirmative.

« La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. » Il semble résulter de ces termes que lorsque la reconnaissance n'aura pas été faite dans l'acte de naissance, elle ne pourra l'être que dans un acte authentique postérieur.

Mais surtout avant la naissance, on ne peut être vraiment sûr que l'on est parent de l'enfant.

De la part de la mère un acte de ce genre ne prête à aucune objection. Mais, comment le père pourrait-il avoir avant la naissance la certitude absolue que cet enfant est de lui ?

De plus, il sera impossible de préciser dans l'acte de reconnaissance le sexe et le prénom de l'enfant. Le père ne peut déclarer qu'une chose, c'est qu'il se reconnaît le père de l'enfant dont telle femme est enceinte.

La jurisprudence et les auteurs ne se sont pas laissés convaincre par ces objections².

1. Cour de Montpellier, 23 octobre 1931, *Gaz. Pal.* 1931.2.842.

2. Toullier, t. II, n° 955. — Duranton, t. III, n° 211. — Marcadé, art. 354, n° 4. — Demante, t. II, n° 62 *bis*. — Demolombe, t. V, n° 414. — Colmar, 11 mars 1819, S. 20.2.153; Metz, 19 avril 1824, S. 25.2.296; Cass., 13 juillet 1886, D. 87.1.119; Cass., 2 janvier 1895, D. 96.1.367.

Le texte de l'article 334 n'a nullement exclu la possibilité d'une reconnaissance antérieure à la naissance. Quant à la déclaration du père, elle apparaît comme suffisamment précise.

Cette solution n'est évidemment pas en accord avec le système traditionnel, de la reconnaissance-confession à effet déclaratif.

Elle serait plutôt conforme au système de la reconnaissance-admission ¹.

Certaines législations étrangères ont spécialement prévu cette hypothèse ².

Nous passons maintenant de la reconnaissance volontaire à la reconnaissance forcée. Il est admis que la mère peut exercer l'action en déclaration de paternité pendant la minorité de l'enfant ³. Peut-elle intenter cette action contre le séducteur antérieurement à la naissance. Nous aurions tendance à admettre la solution affirmative. L'enfant conçu est un sujet de droit. Il est de son intérêt que l'action soit intentée le plus tôt possible.

Nous ne connaissons pas de jurisprudence sur la question. Mais si le cas se présentait, la solution affirmative serait probablement admise, en raison de l'accueil libéral fait par les tribunaux à la maxime « *infans conceptus* ».

*
**

Mais ce ne sont là que de légers changements à la parenté naturelle de l'enfant conçu. Des changements plus importants peuvent se produire si l'enfant est légitimé.

Les enfants naturels simples peuvent être toujours légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs.

La légitimation aura-t-elle un effet rétroactif ? La Doctrine et la Jurisprudence répondent négativement. La légitimation ne produit d'effets qu'à partir de la célébration du mariage, et ne rétroagit ni au jour de la concep-

1. V. A. Colin, *Revue trim. de Droit civil*, 1902, p. 257 à 300. — Cf. Trib. civ. de la Seine, *Gaz. Trib.*, 7 mai 1902.

2. L'art. 181 du Code civil italien admet la faculté de reconnaître un enfant simplement conçu. Au contraire, le Code civil de Neuchâtel (art. 339) et le Code allemand (art. 1718), l'interdisent.

3. Code civil, art. 340.

tion, ni au jour de la naissance. Dès lors, l'enfant ne pourra élever aucune prétention sur les successions et sur les autres droits qui se sont ouverts antérieurement au mariage, mais postérieurement à sa conception ¹.

Cette solution résulte d'une stricte interprétation des articles 718 et 724 du Code civil, qui appellent à recueillir les biens du défunt, ceux qui sont habiles à se dire ses héritiers à l'époque de son décès. Par sa légitimation postérieure, l'enfant né hors mariage ne peut enlever à des tiers un droit qui leur est acquis ².

Autre conséquence : un enfant naturel, français pour avoir été reconnu d'abord par sa mère française, ne perd pas sa nationalité par la légitimation résultant du mariage subséquent de ses père et mère, le père étant Italien ³.

Il y a également une solution qui avait son importance autrefois en matière de substitution. Dans le cas où depuis la conception des enfants naturels mais avant le mariage qui les a légitimés, il a existé un mariage intermédiaire dont la dissolution a rendu possible l'union de leur père et mère, l'enfant issu du mariage intermédiaire, quoique moins âgé, doit être réputé l'aîné ⁴.

Le principe de la non-rétroactivité produit d'ailleurs certaines conséquences favorables à l'enfant. Les parents ne seront investis de l'usufruit légal qui leur appartient sur les biens de leurs enfants légitimes qu'à partir du mariage seulement ⁵.

Nous trouvons ces solutions trop radicales. La reconnaissance est en effet le complément nécessaire de la légitimation. Or, la reconnaissance a un effet rétroactif.

1. Aubry et Rau, t. VI, § 546, p. 71. — Laurent, t. IV, n° 187 et suiv. — Beudant, t. II, n° 656, p. 292. — Allard, n° 69. — Merlin, *Rép.*, V^{re} *Succession*, sect. I, § 2, art. 5; et *Légitimité*, sect. II, § 3, n° 2. — Loaré, t. IV, p. 175. — Richefort, *De la paternité et de la filiation*, p. 233. — Duranton, t. III, n° 183. — Vazeille, sur l'art. 725, n° 2 et 10. — Malpel, *Successions*, n° 297. — Demolombe, t. V, n° 369.

2. Paris, 20 décembre 1812; Rouen, 3 juillet 1840, S. 40.2.362; Cass. civ., 11 mars 1811 (*P. Chron.*, Tables générales, t. I, p. 113). Ce dernier arrêt casse un arrêt de la Cour d'Orléans rendu en sens contraire.

3. Paris, 26 juin 1925, D. H. 1925.694. — *Contra* : Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 955. — Comp., Paris, 2 juillet 1926, D. H. 1926.441.

4. *Rép. prat. Dalloz*, V° *Filiation*, n° 588.

5. *Ibidem*, n° 589.

Dès lors, soit l'espèce suivante donnée par MM. Colin et Capitant¹, Primus a un enfant naturel de Prima. Plus tard il a épousé Secunda, qui lui a donné un enfant légitime. Puis, il a perdu sa femme et l'enfant de celle-ci dont il a hérité. Devenu veuf, il épouse Prima, légitimant ainsi l'enfant naturel qu'il avait eu de cette dernière. Il est certain que l'enfant ne pourra revendiquer les droits d'un frère légitime dans la succession de son frère prédécédé. Mais il pourra revendiquer les droits d'un frère naturel consanguin.

§ 3.

L'enfant issu d'un adultère a, dès la conception, une parenté adultérine invariable. Pour savoir, en effet, si l'enfant est adultérin, c'est au moment de la conception qu'il faut se reporter. Il sera réputé adultérin si à ce moment le père ou la mère étaient mariés, bien qu'au moment de la naissance, ils fussent l'un et l'autre libres de tout lien conjugal².

Peu importe que la filiation de l'enfant ait été immédiatement constatée ou qu'elle ne l'ait été que plus tard³.

Pour déterminer l'époque de la conception, on fera appel aux présomptions légales des articles 312 et suiv. du Code civil, mais avec la réserve que nous avons déjà indiquée.

On appliquera exclusivement la présomption sur la durée extrême des grossesses

Précisons d'ailleurs que si l'enfant est issu des relations adultères, d'une femme mariée et d'un homme libre de tout lien conjugal, il aura la qualité d'enfant légitime, en l'absence d'une action en désaveu, exercée par le mari. Cette solution est conforme à la règle *pater is est*.

Les lois des 7 novembre 1907, 30 décembre 1915, et 25 avril 1924, ont permis dans certains cas la légitimation par mariage subséquent, des enfants adultérins.

1. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire*, 6^e édit., t. I, p. 348.

2. Trib. civ. Le Havre, 23 mai 1838, R. 453; Civ., 28 juin 1869, D. P. 69.1.335; 25 juin 1877 (motif), D. P. 78.1.262; 19 novembre 1907, D. P. 1908.1.35; 7 juillet 1910, D. P. 1912.1.62.

3. Angers, 13 août 1806, R. 744.1^o.

Rappelons que peuvent être légitimés :

1° Les enfants adultérins issus d'une mère adultère lorsqu'ils ont été désavoués par le mari ou ses héritiers ;

2° En l'absence de tout désaveu, les enfants adultérins réputés conçus au cours d'une procédure de divorce et à l'époque où le père ou la mère avaient été autorisés par ordonnance de justice à avoir un domicile séparé.

Mais cette règle ne pouvant tenir en échec la présomption *pater is est*, il y a lieu de faire la distinction suivante ¹ :

Si l'enfant est né des relations adultères d'un homme marié, en instance de divorce, le texte s'applique sans réserves.

Si au contraire, c'est d'une femme mariée qu'est issu l'enfant, il résulte du texte de l'article 313 nouveau que l'enfant ne pourra être légitimé que s'il est né trois cent jours après l'ordonnance et moins de cent quatre-vingt après le rejet de la demande, le désistement ou la réconciliation. Si l'enfant est né moins de trois cents jours après l'ordonnance ou plus de cent quatre-vingt après la cessation de l'habitation séparée, il reste soumis à la présomption *pater is est* et en l'absence de désaveu, il sera toujours réputé enfant du premier mari.

La Cour de cassation de Roumanie ayant à statuer sur un cas un peu différent, a fait récemment application de ces principes ². Voici l'espèce. Un enfant né 265 jours après la mort du premier mari de sa mère est reconnu et légitimé par le second mari de sa mère. A la mort du second mari, l'enfant assigne en partage de la succession, la fille du premier lit du défunt. Celle-ci conteste alors la qualité d'enfant légitime du demandeur. Celui-ci étant né dans les trois cents jours depuis la dissolution du premier mariage de sa mère, devait être considéré comme enfant légitime du premier mari (art. 286 du Code civil roumain, art. 312 du Code civil français).

La Cour de cassation de Roumanie, accueillit cette exception et faisant application de la présomption de l'ar-

1. Colin et Capitant, 6^e édit., t. I, p. 311.

2. C. de cassation de Roumanie, 21 novembre 1934, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 992.

ticle 286 du Code civil roumain, décida que le premier mari devait être considéré comme le véritable père de l'enfant. On ne peut, en effet, laisser ici à l'enfant la faculté de revendiquer la paternité qui lui est la plus favorable. La présomption de l'article 286 du Code civil roumain (art. 312 du Code civil français) est établie moins dans l'intérêt de l'enfant que dans celui de la famille légitime.

Signalons cependant qu'un arrêt tout à fait récent de la Cour de Rennes du 14 janvier 1937¹, critiqué avec raison par la Doctrine, a décidé qu'en cas de demande de légitimation d'un enfant né d'une femme mariée en instance de divorce plus de cent quatre-vingt et moins de trois cents jours après l'ordonnance de séparation des résidences, il appartenait au tribunal d'apprécier suivant les circonstances de la cause si la confusion de part était possible et constituait ou non un obstacle à la légitimation.

3° Les enfants nés du commerce adultérin d'un homme marié lorsqu'il n'existe pas d'enfants ou de descendants issus du mariage au cours duquel l'enfant a été conçu.

Il est certain que la légitimation ne saurait avoir d'effet rétroactif antérieur au mariage. La reconnaissance corollaire nécessaire de la légitimation ne saurait non plus rétroagir, puisque la reconnaissance n'est rendue possible que par le mariage.

Le caractère incestueux de la filiation s'apprécie également au moment de la conception. La légitimation par mariage est également possible lorsque les prohibitions résultant de la parenté ou de l'alliance ont été levées par le chef de l'Etat².

En résumé, les enfants adultérins et incestueux ont une parenté adultérine ou incestueuse dès le moment de la conception. Ils peuvent acquérir une parenté légitime en cas de légitimation par mariage subséquent, mais sans effet rétroactif.

1. Rennes, 14 janvier 1937, D. P. 1937.2.45, et la note de M. Savatier. Cf. Lyon, 24 décembre 1936, D. H. 1938, *Som.*, p. 2.

2. La loi du 7 novembre 1907 a supprimé dans le premier alinéa de l'art. 331, l'exception relative aux enfants incestueux. Elle n'a fait que consacrer la jurisprudence antérieure.

CHAPITRE III.

LE PATRIMOINE DE L'ENFANT CONÇU

L'article 725 du Code civil s'exprime en ces termes : « Pour succéder, il faut nécessairement exister, à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder : 1° *Celui qui n'est pas encore conçu* ; 2° l'enfant qui n'est pas né viable ».

On n'a pas suffisamment insisté sur l'importance du mot « ainsi » et sur la façon remarquable dont est rédigé le texte. Le Code ne fait pas appel à des fictions d'inspiration romaine. Il affirme d'une manière implicite mais certaine que l'enfant conçu est une personne qui *existe*.

Le texte va dès lors à l'encontre de la thèse exposée par le tribun Chabot qui déclarait : « C'est bien en vertu d'une fiction dans le sens romain, ou d'une présomption que l'enfant conçu est considéré comme capable de succéder »¹.

L'article 725 est encore plus net que l'article 906 : « Pour être *capable* de recevoir entre vifs, il *suffit* d'être conçu au moment de la donation. Pour être *capable* de recevoir par testament, il *suffit* d'être conçu à l'époque du décès. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

L'article 906 tranche une question de *capacité* et de condition suffisante, mais non une question d'*existence* et de condition nécessaire, comme l'article 725.

Quoiqu'il en soit ces textes nous permettent d'énoncer

1. Chabot, Rapport 14. — Voir Loqué, t. V, p. 108.

un principe général : l'enfant conçu est un sujet de droit à la condition qu'il *naisse vivant et viable*.

Avant d'en voir les applications il convient d'en préciser le sens.

Section I. — Sens du principe.

§ 1.

Comment d'abord déterminera-t-on le moment de la conception. Convient-il de faire appel aux présomptions édictées par les articles 312 et suivants du Code civil, au titre de la filiation légitime ? Si ces présomptions régissent l'acquisition des droits patrimoniaux des enfants légitimes, peuvent-elles être étendues aux enfants naturels ?

Une solution paraît certaine, c'est qu'il y a lieu d'appliquer ces articles toutes les fois que la question de légitimité se trouve liée à une question d'ordre patrimonial¹. Un enfant naît moins de trois cents jours après le décès du mari de sa mère. Il pourra, en invoquant la présomption de l'article 312, établir sa légitimité et par la même occasion sa capacité successorale. Cette conclusion s'impose ici, sous peine de contradiction.

Mais *quid* lorsque la fixation de l'époque de la conception est sans influence sur la légitimité de l'héritier.

On pourrait soutenir qu'en principe les présomptions légales ne peuvent pas s'étendre par analogie d'un cas à un autre (art. 1350 du Code civil). Dès lors, on devrait dans tous les cas faire application de l'article 135 du Code civil : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert ». En matière de succession ou de libéralité, ce serait à l'enfant né après le décès ou à ses représentants

1. Colin et Capitant, t. III, n° 609.

de prouver par tous les modes de droit commun que la conception est antérieure à l'ouverture du droit ¹.

Ces solutions rigoureuses ne sont plus admises. On est d'accord aujourd'hui pour appliquer en principe les présomptions du Code civil ². Mais les auteurs divergent sur les modalités de cette application.

En réalité, les articles 312 et suivants renferment une double présomption. Et si les auteurs sont d'accord pour admettre la première, ils diffèrent d'opinion sur le point de savoir s'il convient d'appliquer la seconde.

Une solution est certaine ; c'est qu'il faut appliquer la première présomption sur la durée extrême des grossesses. En matière patrimoniale, comme en matière d'état, on présumera que la conception ne peut avoir lieu moins de cent quatre-vingt jours ou plus de trois cents jours avant la naissance.

C'est qu'en effet, les articles 312 et suivants ont pour base la consultation de Fourcroy à qui les rédacteurs du Code civil avaient demandé de fixer d'après les données de la science, la durée extrême des gestations utérines. Or, les données de la Science sont identiques, quel que soit le point de droit posé. Si l'on écartait cette règle, on se trouverait, pour fixer la période de la conception, dans des incertitudes et des hésitations que les lumières des gens de l'art seraient impuissantes à faire disparaître.

Dès lors, l'enfant né plus de trois cents jours après l'ouverture d'un droit, d'une succession par exemple, sera nécessairement incapable de succéder. Au contraire, cette incapacité ne pourra en aucun cas être appliquée à celui qui est né moins de cent quatre-vingt jours depuis cette époque.

Mais à l'intérieur des limites extrêmes de la période

1. Cass., 8 février 1821, *Dalloz Répert.*, V° *Succession*, n° 85 ; C. d'Orléans, 16 mars 1832, sous Cass., 8 novembre 1833, S. 34.1.668 ; C. Grenoble, 20 janvier 1853, S. 53.2.716, D. P. 55.2.40.

2. Poitiers, 24 juillet 1865, D. 65.2.129. — Duranton, t. IV, n° 71 et 72. — Troplong, *Droit civil, Traité des donations*, t. I, n° 606. — Aubry et Rau, t. VI, p. 276, § 572, n° 3.

légale, le droit commun de la preuve pourrait reprendre son empire. L'enfant serait donc obligé de prouver dans chaque cas que sa conception est antérieure à l'ouverture du droit qu'il revendique.

Mais la présomption « *omni meliore momento* » admise en matière de légitimité, s'est reflétée dans le droit du patrimoine.

L'enfant est présumé avoir été conçu, le jour de la période légale qui est le plus favorable à sa légitimité, puis par extension, à ses droits en général.

Un enfant naît deux cent quatre-vingt-douze jours après le décès de son frère issu d'un précédent mariage. Il a pu être conçu avant l'ouverture de la succession. Mais il a pu également être conçu après. La Cour de Grenoble¹, admet cependant que cet enfant est habile à succéder.

La Cour fait remarquer tout d'abord que le moment de la conception est enveloppé par les lois de la nature d'un mystère impénétrable. Comment dès lors ne pas adopter prudemment les présomptions de Fourcroy ? Mais la Cour donne ensuite le vrai motif de sa décision : on est forcé d'appliquer la règle de l'article 315 en matière de succession *directe* par le motif qu'il s'y mêlerait toujours une question de légitimité. Or, il serait illogique que pour une succession collatérale une autre règle fût vraie et dût être suivie.

Sans doute cette solution n'est pas d'une rigueur juridique absolue, mais législativement, elle est la meilleure. La présomption de l'article 312, relative à la légitimité, a été ainsi étendue par la Jurisprudence, aux droits du patrimoine.

Nous admettrons pour le droit patrimonial des enfants naturels, des règles analogues à celles que nous avons indiquées en matière de filiation.

Nous appliquerons la présomption principale sur la durée extrême des grossesses. Mais nous écarterons la présomption complémentaire *omni meliore momento*.

1. Arrêt du 20 janvier 1853, précité.

L'enfant naturel né plus de cent quatre-vingt et moins de trois cents jours après l'ouverture d'un droit pourra y prétendre. Mais les tiers intéressés auront la possibilité de prouver la non-antériorité de la conception.

§ 2.

L'enfant conçu antérieurement à l'ouverture d'un droit, de nature successorale ou autre ne pourra revendiquer ce droit que s'il naît, vivant et viable.

Il faut d'abord que l'enfant naisse : c'est là un problème de physiologie et les solutions juridiques seront fonction du « donné naturel ».

La naissance suppose d'abord la sortie de l'enfant hors du ventre de la mère ¹. Un enfant ne peut être réputé né qu'autant qu'il est sorti vivant du sein de sa mère. Les rédacteurs du Code civil allemand et du Code civil suisse ont tenu à marquer l'importance de la fin de la naissance en employant l'expression « naissance accomplie ».

Mais il faut quelque chose de plus pour que l'enfant ait une existence séparée de celle de sa mère et constitue un être autonome.

Le fœtus a sa vie et son développement assurés par le sang de sa mère qui circule largement dans les deux artères et la veine du cordon. Quel est le moment où les deux circulations, celle de la mère et celle de l'enfant, deviennent entièrement distinctes ? C'est le moment où l'accouchement terminé, le cordon ombilical a été lié et sectionné ².

Matériellement et juridiquement, cet acte qui favorise

1. *Dictionnaire de l'Académie française*, V^e Naissance. — V. Demolombe, *Traité des successions*, 4^e édit., t. I, n^{os} 174-176. — Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, p. 179. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, 3^e édit., t. I, p. 270. — Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, 10^e édit., t. I, p. 144. — V. arrêt Poters, C. de Cologne, 14 mars 1855, D. P. 55.2.338.

2. Branca, *Précis d'embryologie*, p. 125, 164-5-6. — Grasset, *La Biologie humaine*, p. 179. — Demay, *De la respiration pulmonaire pendant la vie intra-utérine*.

l'établissement définitif de la respiration chez l'enfant, termine la naissance ¹.

§ 3.

Il ne suffit pas que l'enfant naisse, il faut encore qu'il naisse *vivant*. L'incapacité des enfants morts-nés résulte en effet *a fortiori* de l'exclusion des enfants nés non viables.

La survenance d'un enfant mort-né ne produit aucun effet juridique. Le Conseil d'Etat vient de faire une application de cette règle, en matière d'impôt sur le revenu, en décidant que la majoration imposée aux contribuables mariés sans enfant est applicable à ceux dont les enfants sont venus à terme mais morts-nés ².

C'est à ceux qui réclament un droit du chef d'un enfant mort peu de temps après sa naissance, à prouver qu'il est né vivant conformément au principe énoncé dans les articles 135 et 136 du Code civil.

Jusqu'à la loi du 20 novembre 1919, cette preuve pouvait résulter de l'acte de naissance, si celui-ci constatait la présentation de l'enfant vivant à l'officier de l'état civil. L'acte faisait alors foi jusqu'à inscription du faux. Mais la loi de 1919 a supprimé la formalité de la présentation à la mairie.

A l'heure actuelle, quelles que soient les déclarations qui ont pu être faites à l'officier de l'état civil, la preuve que l'enfant a vécu se fera d'après le droit commun. Les juges pourront tenir compte des déclarations des personnes qui ont assisté à l'accouchement, et surtout des attestations des gens de l'art.

Rappelons ici qu'aux termes du décret du 4 juillet 1806, lorsque l'enfant meurt avant la déclaration de naissance, l'officier de l'état civil dresse un acte sur le registre des décès, mais sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.

1. J. François, « Contribution à l'étude de la personnalité », dans *Revue générale du Droit*, 1931, p. 18.

2. Conseil d'Etat (Section du Contentieux), 7 décembre 1936, D. H. 1937, p. 70.

Quel sera le critérium de la vie ? On est d'accord aujourd'hui pour décider qu'un mouvement quelconque du corps n'est pas une preuve que l'enfant a vécu ¹. Cette solution était déjà admise dans notre ancien droit. Ce mouvement, en effet, peut être simplement la continuation de la vie intra-utérine. Aussi le projet de Code civil de l'An VIII déclarait-il incapable de succéder l'enfant né avant 180 jours, quand même il aurait donné quelques signes de vie ².

A l'heure actuelle, la Jurisprudence et les auteurs admettent que la preuve d'une vie distincte résulte de la respiration complète ³, et les cris ou les pleurs de l'enfant « *voce emissa* », ne permettent pas de mettre en doute que l'enfant a respiré complètement, et que par suite, il est né vivant.

La respiration est prouvée non seulement par les cris poussés par l'enfant, mais encore par les modifications anatomiques subies par le poumon du fait de la respiration. Les médecins connaissent le phénomène de la docimasia hydrostatique : les poumons de l'enfant, plongés dans un liquide, surnagent s'il y a eu respiration ⁴.

Le criterium de la respiration est-il conforme aux dernières données de la science médicale ? Il semble que non : il peut exister en effet une respiration intra-utérine ⁵. Les professeurs admettent la réalité de l'aspiration de gaz *in utero*, et la possibilité du vagissement intra-utérin.

1. Montpellier, 25 juillet 1872, S. 1872.2.189.

2. *Pandectes françaises*, V^o *Successions*, n^o 186.

3. Demolombe, *Traité des successions*, t. I, p. 226. — Baudry-Lacantinerie, *Traité de Droit civil*, t. I, p. 271. — Garçon, *Code pénal*, art. 345, n^o 169. — Trib. Narbonne, 15 novembre 1871, S. 1872.1.189, confirmé par la Cour de Montpellier, 25 juillet 1872. Un arrêt de la Cour de Chambéry du 9 juin 1874 (D. P. 1875.2.88) a été rendu en sens contraire. Mais il s'agissait uniquement en l'espèce d'apprécier l'intention criminelle de la mère qui avait supprimé son enfant, alors que celui-ci respirait déjà depuis deux minutes, avec cette circonstance cependant, « qu'une personne étrangère à la médecine pouvait le considérer comme mort-né ».

4. Thoinot, *Précis de médecine légale*, t. II, p. 310 et suiv. — Vibert, *Précis de médecine légale*, t. II, p. 497 et suiv. — Lacassagne, *Précis de médecine légale*, t. II, p. 872.

5. Thoinot, *op. cit.*, t. II, p. 332. — Demay, *De la respiration pulmonaire pendant la vie intra-utérine*, thèse médecine, Paris, 1900.

Et, d'autre part, la vie extra-utérine est possible sans respiration. En 1864, le D^r Bardinet communiquait à l'Académie de Médecine un mémoire d'où il résulte que la vie peut avoir lieu sans respiration pendant un temps plus ou moins long, sa durée dans un cas a été de quinze heures ¹.

Le problème de la preuve de la vie doit donc être envisagé dans chaque cas avec un esprit très large, et il conviendra de laisser le dernier mot à la Faculté.

§ 4.

Il faut enfin que l'enfant naisse viable, c'est-à-dire ayant les organes essentiels à son existence « avec la possibilité de parcourir la carrière ordinaire de la vie ».

Le législateur n'a pas voulu tenir compte, avec raison, d'une existence nécessairement éphémère.

Il faut également malgré le silence du Code, que l'enfant ait une forme humaine : cette condition se rattache à celle de la viabilité.

A la différence de la vie, la viabilité est toujours présumée, comme étant le fait le plus ordinaire ². L'article 725, en présentant la non-viabilité de l'enfant, comme un cas d'incapacité rejette, par là même, le fardeau de la preuve sur ceux qui prétendent que l'enfant n'est pas né viable, car la capacité est la règle, l'incapacité, l'exception.

Dans un arrêt du 25 octobre 1933, la Cour suprême de Pologne, ayant à appliquer l'article 725 du Code Napoléon, a décidé que du moment qu'il est établi qu'un enfant a vécu, cet enfant est présumé viable ³.

La viabilité d'un enfant est une question de fait que les juges ont à résoudre en cas de contestation en s'aidant des conseils des gens de l'art.

1. Cité par J. François, *op. cit.*

2. Limoges, 12 janvier 1813, R. 97, 2°; Angers, 25 mai 1822, R. Acte de l'état civil, 410; Bordeaux, 8 février 1830, R. 97, 1°. — Aubry et Rau; Baudry-Lacantinerie et Wahl; Demante et Colmet de Santerre; Demolombe, *op. cit.* — *Contra* : Laurent, *op. cit.*

3. Cour Suprême de Pologne, 25 octobre 1933, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 209.

Doit-on faire intervenir ici les présomptions sur la durée extrême des grossesses ? La Jurisprudence fait une distinction favorable à l'enfant. Si l'enfant naît moins de 180 jours après sa conception, il n'est pas réputé pour cela non viable.

En effet, les articles 312 et suivants du Code civil visent une question de légitimité et non de viabilité.

Mais inversement, l'enfant né plus de 180 jours après sa conception est nécessairement viable, et la preuve contraire n'est pas admise.

La Cour de cassation a jugé « qu'en fixant la période légale de la conception entre le 180^e et le 300^e jour avant la naissance, l'article 312 présume par cela même que l'enfant peut naître viable à quelque moment qu'il ait été conçu au cours de cette période. Cette présomption légale s'impose aux juges qui ne peuvent dès lors donner mission à un expert de rechercher si un enfant né après 188 jours seulement de gestation n'est pas viable et doit nécessairement succomber après sa naissance »¹.

§ 5.

Le principe dont nous venons d'étudier le sens : « L'enfant conçu est un sujet de droit à la condition qu'il naisse vivant et viable », est inspiré des règles des articles 725 et 906.

Cette induction est-elle légitime ? L'affirmative ne saurait faire de doute. Le bon sens commande cette solution. L'enfant conçu est un sujet de droit parce qu'il est déjà doué de la vie. Mais cette personnalité juridique ne lui est accordée qu'en raison de sa naissance prochaine et de sa viabilité probable.

Si cette espérance de vie est déçue, la personnalité juridique de l'enfant est effacée à jamais. Le Code n'a nulle part affirmé un principe aussi général. Mais le

1. Civ., 11 juillet 1923, D. P. 1923.1.130, *Gaz. Pal.* 1923.2.507. Commenté dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1924, p. 95.

Droit peut s'inspirer de l'esprit d'un Code alors que l'idée qui s'en dégage est conforme aux données de la raison.

Le principe que nous venons d'énoncer comporte de nombreuses applications légales et jurisprudentielles.

Section II. — Applications du principe.

§ 1. — DROITS DE SUCCESSION.

L'enfant conçu au moment de l'ouverture de la succession peut succéder *ab intestat* (art. 725 du Code civil). L'existence et la quotité de ses droits sont en liaison intime avec la qualité de sa parenté à cette époque. Ainsi l'enfant légitime, n'étant légitime que depuis le mariage de ses père et mère, ne peut pas succéder aux parents de son auteur décédés avant le mariage, bien qu'il fût conçu au moment de leur décès.

Dans les cas où la parenté de l'enfant conçu se trouve rétroactivement modifiée, ses droits le seront également. Nous en avons vu des applications.

L'enfant conçu est plus qu'un simple successible *ab intestat* : c'est un héritier réservataire dans les mêmes cas que l'enfant déjà né.

On sait que la réserve est cette partie de la succession dont les héritiers en ligne directe ne peuvent être privés par les libéralités émanées du défunt. La quotité de la réserve varie suivant le nombre des héritiers en présence.

L'article 913 du Code civil s'exprime ainsi : « Les libéralités soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime, le tiers s'il laisse deux enfants, le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre... Sont compris dans le précédent article, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit ».

L'enfant conçu doit-il entrer en ligne de compte com-

me tout autre héritier direct dans le calcul de la réserve ?

Incontestablement oui : il n'est pas nécessaire de faire appel à la maxime *infans conceptus*¹, mais simplement à l'article 725 du Code civil. L'enfant conçu succède dans les mêmes conditions que l'enfant déjà né. Il succède avec les mêmes droits et les mêmes prérogatives. Il sera donc éventuellement héritier réservataire.

Ces règles concernent également la réserve des enfants naturels, dont la quotité est fixée par l'article 913. alinéa 2.

Nous ne pensons pas cependant que l'action en réduction puisse être introduite antérieurement à la naissance. L'enfant peut, en effet, ne pas naître vivant et viable. D'autre part, il peut s'agir d'une grossesse multiple et la quotité de la réserve ne pourrait dès lors être fixée avec certitude.

Quels sont les droits des parents du degré subséquent pendant le temps qui s'écoule entre la conception de l'enfant et sa naissance ? Les parents du degré subséquent ne sont point héritiers puisque l'enfant conçu est investi conditionnellement de la succession². Paul déclare au Digeste : « Non admittuntur dum incertum est an nasci possit ». Plus près de nous, Lebrun estime qu'ils doivent attendre « le succès des couches ». Ils ont simplement le droit de se faire autoriser par justice à prendre les mesures conservatoires que les circonstances laissées à l'appréciation des tribunaux rendraient nécessaires (arg. art. 1180 Code civil).

Les cohéritiers jouissent de la même faculté, mais n'ont pas le droit de provoquer le partage³, qui ne peut pas non plus être demandé au nom de l'enfant, notamment par le curateur au ventre dont la mission ne comporte pas cette extension. Le représentant de l'enfant

1. V. René Lalou, *La maxime Infans conceptus pro nato habetur en Droit français*, thèse Paris, 1904, p. 93.

2. *Code civil annoté Dalloz*, art. 725, n^{os} 20 et 21.

3. *Code civil annoté Dalloz*, *ibidem*, art. 725, n^{os} 20 et 21.

ne pourrait pas, selon nous, provoquer un simple partage provisionnel.

Nous n'admettrons pas également qu'une poursuite héréditaire puisse être exercée contre l'enfant conçu par les créanciers de la succession.

§ 2. — DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT.

A) *Testaments.*

L'article 906 Code civil s'exprime en ces termes :
« Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Le Code civil a ainsi tranché avec la solution admise par le Droit romain, en matière de legs. Il s'agit de la fameuse règle catonienne ¹. La loi romaine pour s'enquérir de la capacité du légataire suppose que le testateur décède aussitôt après avoir testé, et elle infirme sa disposition si le légataire ne jouit pas à ce moment de la capacité de recevoir. On a déclaré que cette règle était peu logique, car elle traitait comme faite pour le présent, une disposition évidemment faite pour l'avenir.

Nous pensons au contraire que la solution est d'une logique rigoureuse et qu'elle correspond bien à l'esprit du Droit romain. La capacité survenue après la confection du testament et avant le décès ne saurait vivifier une disposition caduque *ab initio*. Le temps est sans vertu pour la ranimer.

La règle ne s'appliquait point cependant aux legs conditionnels, ni plus généralement à ceux dont le « *dies cedens* » était reculé au delà de l'ouverture de l'hérédité. Suivant certains auteurs, elle ne s'appliquait pas également en matière d'institution d'héritier.

Antérieurement à l'ordonnance de 1735 sur les testaments, l'autorité de la règle catonienne était diverse en France. Les pays de Droit écrit l'observaient, la plupart

1. *Dig.*, livre I, *De regula catoniana*, XXXIV, 7.

des pays coutumiers la rejetaient. On considérait dans ces derniers pays que le testament n'ayant d'effet que du jour du décès du testateur, c'est à cette époque seulement qu'il était utile de constater la capacité du légataire.

L'ordonnance de 1735 vint essayer de fonder en France l'unité de législation en matière de testaments. Elle opta pour le système du Droit romain. Mais elle en corrigea la rigueur en admettant une exception à la règle catonienne dans un cas particulièrement digne d'intérêt : elle valida les libéralités faites en faveur des enfants à naître institués par le testament, pourvu qu'ils fussent nés ou conçus au décès du testateur (art. 49).

Le Code civil a-t-il consacré le système de l'ordonnance de 1735 ? On a soutenu l'affirmative¹.

Dans le projet de Code civil, l'article 906 avait été ainsi rédigé : « Pour être capable de recevoir par testament, il *faut* être conçu à l'époque du décès du testateur. » Mais les mots « il faut » ne furent pas maintenus. Voici ce que contient à cet égard le procès-verbal des observations du Tribunat : « La Section propose de substituer à cet article la rédaction suivante : « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation; pour être capable de recevoir par testament, *il suffit* d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Pour rendre avec justesse l'idée des deux paragraphes, il est évident que les mots « il suffit » sont préférables aux mots « il faut ». *C'est une exception qu'il s'agit d'établir par opposition à la règle générale.* »²

Un arrêteste a essayé de donner au Dalloz une explication de ces paroles sybillines. Les rédacteurs du Code civil ont voulu conserver très fidèlement le système de l'ordonnance de 1735. Les mots « il faut » ont paru au Tribunat susceptibles de troubler l'intelligence de l'article 906 et de faire croire que l'idée du législateur était

1. D. P. 1848.1.225, note sous 27 novembre 1848.

2. Loaré, t. XI, p. 305.

de transformer en une règle générale ce qui sous l'Ordonnance n'était qu'une exception. L'article 906 est donc une simple exception à la règle catonienne. Le législateur du Code, comme le législateur de 1735, ont tenu l'un et l'autre « leurs regards tournés du côté de la loi romaine comme vers l'astre directeur dont l'éclat est un guide si sûr au milieu des écueils de la raison humaine ».

Mais cette thèse ne saurait être accueillie. L'exception dont parlent les travaux préparatoires porte uniquement sur la conception. Dans la rigueur du Droit, il *faudrait* être né lors de l'acte. En vertu de l'exception, il suffit d'être conçu. Tel est le sens naturel de l'article 906 ¹.

La Cour de cassation semble pourtant avoir consacré la règle catonienne dans un vieil arrêt du 23 novembre 1848 ². Mais en fait sa décision est basée moins sur l'article 906 que sur l'article 907. Cet arrêt déclare nul le legs fait par un pupille devenu majeur, à son tuteur avant la reddition du compte de tutelle, bien que ce compte ait été rendu antérieurement au décès du testateur.

Les termes de l'article 907, alinéa 2 étaient suffisamment nets pour justifier en droit la décision de la Cour.

L'article 906 ne fait aucune différence entre le legs pur et simple et le legs conditionnel. Dans les deux cas, il faut que l'enfant soit conçu au décès du testateur. Il ne suffirait pas que l'enfant soit conçu au moment de la réalisation de la condition.

Nous verrons que l'opinion contraire a été soutenue avec éclat, lorsque nous traiterons des personnes futures non conçues.

Comment se fera la désignation du légataire conçu ? Le testateur peut dire : « Je lègue ma fortune à l'enfant dont telle personne est enceinte. » Le testateur pourra dire aussi : « Je lègue ma fortune aux enfants de telle personne ». Cette libéralité sera censée être faite à tous les enfants nés ou conçus au moment du décès

1. *Pandectes françaises*, V° *Donations et Testaments*, n° 2028.

2. Cass., 23 novembre 1848, D. P. 48.1.225.

du testateur. Au surplus, les juges interpréteront souverainement la volonté du testateur¹.

B) *Donations entre vifs.*

Aux termes de l'article 906, « pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation ». Mais la donation s'analyse en trois actes juridiques distincts : une déclaration du donateur, une acceptation du donataire, et une notification de cette acceptation au donateur.

La question suivante s'est tout de suite posée. Suffit-il que le donataire soit conçu au moment de l'acceptation ou bien faut-il qu'il soit conçu dès la déclaration du donateur ?

Ce point, sur lequel nous aurons à revenir lorsque nous traiterons des personnes futures non conçues, a été longtemps discuté.

L'opinion traditionnelle admise par les arrêts et les auteurs exige que l'enfant soit conçu dès le moment de la déclaration du donateur. On objecte, il est vrai, que la donation n'est qu'un simple projet tant qu'elle n'a pas été acceptée. On ajoute que le donateur doit être réputé avoir persévéré dans sa volonté de donner par cela seul qu'il n'a pas révoqué l'acte de donation².

Mais on répond que la déclaration de vouloir donner constatée dans la forme légale renferme moins un simple projet qu'une offre de se dépouiller actuellement en faveur du donataire, et cette offre comporte pour ce dernier la faculté de rendre la donation irrévocable en l'acceptant. Or, une pareille offre est nulle, lorsqu'elle est faite en faveur d'un individu qui n'est même pas encore conçu. D'autre part, le fait par le donateur de ne pas révoquer la donation ne signifie pas nécessairement qu'il a persévéré dans sa volonté de donner. Et eût-il vrai-

1. René Lalou, *op. cit.*, p. 75.

2. V. *Pandectes françaises*, V^o *Donations et Testaments*, n^o 2026; Trolong, t. I, n^o 441.

ment persisté dans son intention, la persistance dans l'offre ne pourrait avoir d'effet qu'autant que cette offre aurait été valable à l'origine.

Ces difficultés ne sont pas les seules. L'enfant conçu est frappé d'une incapacité d'exercice certaine. Qui exercera ses droits à sa place ? Rappelons les solutions admises pour les mineurs. La donation faite à un mineur doit être acceptée par son tuteur avec l'autorisation du Conseil de famille. Mais les parents ou les autres ascendants du mineur peuvent également accepter pour lui, et leur décision sera même dispensée de l'autorisation du Conseil de famille.

Cette différence se justifie : la loi a pleine confiance dans les ascendants pour apprécier la libéralité au point de vue moral. Le tuteur ne mérite pas, en principe, la même confiance.

En matière d'enfants conçus, nous adopterons des règles analogues : la donation pourra être acceptée par les auteurs de l'enfant. Elle pourra l'être éventuellement par son représentant légal, le curateur au ventre, mais avec l'autorisation du Conseil de famille¹. Le non accomplissement de ces formalités serait d'ailleurs, d'après l'opinion dominante, sanctionné par la nullité absolue.

Signalons, pour terminer, que le curateur au ventre devra, conformément à l'article 940 Code civil, faire transcrire les actes de donation et d'acceptation quand les biens ainsi transmis sont susceptibles d'hypothèque².

C) Règles communes aux dispositions à titre gratuit.

L'article 911 Code civil s'exprime ainsi : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

1. René Lalou, *op. cit.*, p. 95.

2. René Lalou, *op. cit.*, p. 98.

Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. »

La question se pose de savoir, si l'on peut par personne interposée faire une libéralité à un enfant conçu qui, s'il était né, serait incapable de recevoir. Voici l'espèce qui s'est présentée devant la Cour de Paris.

Stern reconnaît avant sa naissance un enfant dont sa concubine est enceinte. Quelques jours après, et toujours avant la naissance de l'enfant, il fait une donation à la mère. La Cour jugea, par application de l'article 911, que la mère était une personne interposée à l'égard de son enfant, et que cet enfant ne pouvait rien recevoir par donation ou testament au delà de la part fixée par l'article 757 Code civil¹.

Cette solution est parfaitement logique. Aux termes des articles 725 et 906 Code civil l'enfant conçu est une personne qui existe. Il serait absurde de le considérer comme existant lorsqu'il s'agit de lui réserver les libéralités directes et comme inexistant dès lors que ces libéralités lui sont adressées par personne interposée².

La thèse de la Cour de Paris va évidemment à l'encontre de la maxime : *infans conceptus* : la Cour considère dans ce cas l'enfant conçu comme né, bien que la fiction soit ici défavorable à ses intérêts.

La présomption de l'article 911 ne s'applique que si la filiation naturelle de l'enfant conçu a été constatée dans les formes légales. Il importe peu d'ailleurs que la reconnaissance soit antérieure ou postérieure à la libéralité. La reconnaissance n'a en effet qu'une simple valeur déclarative³.

Il convient de signaler au surplus, que si l'enfant naturel n'a pas été reconnu, les héritiers légitimes ne seraient pas recevables à rechercher sa filiation aux fins d'application de l'article 911. Aux termes mêmes des articles

1. Cour de Paris, 4 mai 1840, D. P. 1840.2.86.

2. Demolombe, t. I, n° 657.

3. Cass., 30 janvier 1883, D. 83.1.201.

340-341 Code civil la recherche de la maternité ou de la paternité a été instituée uniquement en faveur de l'enfant. On ne saurait donc utiliser cette faculté à son détriment¹.

Il semble que la question ne se pose pas en matière de filiation illégitime, puisque la loi prohibe la reconnaissance et la recherche de la filiation adultérine et incestueuse.

Mais il convient de signaler que l'état adultérin ou incestueux d'un enfant peut parfois être constaté judiciairement. Il en est ainsi dans le cas d'un jugement admettant une action en désaveu ou prononçant la nullité d'un mariage pour bigamie ou inceste. Dans ces cas, et dans ces cas seulement, pourra jouer la présomption d'interposition de personnes édictée par l'article 911.

Ainsi, la nullité d'un mariage pour bigamie est prononcée, la deuxième femme est enceinte. L'enfant conçu sera *légalement* adultérin et aura droit simplement à des aliments; le père fait une donation à la mère avant la naissance de l'enfant. Nous admettrons, en faisant le même raisonnement que plus haut, que la mère sera considérée comme personne interposée par rapport à l'enfant.

L'article 911 vise également le cas où une donation au profit d'un incapable serait déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Il est certain que cette présomption s'appliquera si l'incapable gratifié d'une donation déguisée est un enfant conçu. Mais ce sont là des hypothèses vraiment peu pratiques. Il faudrait imaginer par exemple qu'un père cède fictivement des droits à un enfant naturel conçu.

On consulterait en vain les recueils de Jurisprudence pour trouver une espèce de ce genre.

D) *Règles spéciales aux donations entre vifs.*

Aux termes des articles 960, 961 Code civil : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient

1. Orléans, 8 février 1855, D. P. 55.2.100.

point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dès le temps de la donation, demeureront révocables de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, *même d'un posthume*, ou par la légitimation d'un enfant naturel, par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation. »

Article 961 : « Cette révocation aura lieu encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation. »

Cette cause de révocation nous vient des Romains. Mais la constitution impériale « *si unquam* » ne visait que les donations faites par des patrons à leurs affranchis. Notre ancien Droit, peu favorable aux donations généralisa le texte de la loi « *si unquam* ». L'ordonnance de 1731 consacra cette solution. Le projet de la Commission de l'an VIII avait supprimé cette cause de révocation. Elle fut rétablie par la Section de Législation du Conseil d'Etat, sur l'intervention de Cambacérès, qui fit observer qu'un donateur ne saurait préférer un étranger à ses propres enfants.

D'après ces articles, les conditions requises pour que la donation soit révoquée sont au nombre de deux :

a) Il faut que le donateur n'ait pas d'enfant légitime ou légitimé ou de descendants actuellement vivants, dans le temps de la donation. La présence d'un enfant conçu au temps de la donation ne met pas d'obstacle à la révocation (art. 961). On a vu, dans cette disposition du Code, une application de la maxime *infans conceptus*. Il ne faut réputer l'enfant conçu comme né que si son intérêt l'exige. Or, ici son intérêt n'est pas d'être considéré comme né puisque son existence empêcherait la révocation de la donation.

M. Lalou a fait d'ailleurs observer que le Code ne consacre pas d'une façon complète la maxime romaine, puisque la révocation n'a pas lieu dès l'époque de la conception, et qu'il faut attendre la naissance de l'enfant pour que la révocation ait lieu¹.

1. Lalou, *op. cit.*, p. 101.

b) Il faut qu'un enfant légitime du donateur soit né postérieurement à la donation, fût-ce après le décès du donateur ou que celui-ci légitime par mariage subséquent un enfant naturel né depuis la donation. La survenance d'un enfant posthume entraîne donc la révocation de la donation, à la condition sans doute que l'enfant naisse vivant et viable.

La donation est révoquée de plein droit (art. 960). A partir de la naissance ou de la légitimation, le donataire resté en possession des biens est un simple possesseur sans droit ni titre. La prescription ne courra à son profit que du jour de la *naissance* du dernier enfant du donateur, même posthume (art. 966).

L'article 966 est-il lui aussi une application de la maxime romaine ? On pourrait le croire : la prescription ne court pas dès le moment de la conception de l'enfant, parce que cette solution serait contraire à ses intérêts.

Mais nous pensons plutôt que cette règle s'explique logiquement. Seule, la *naissance* de l'enfant permet de *fixer* d'une façon définitive l'éventualité de la révocation.

La survenance d'enfants au disposant, qui est une cause de révocation des donations entre vifs, est sans effet, en principe, sur les libéralités testamentaires, même si le testateur a testé et est mort, sans connaître la grossesse de sa femme. Toutefois, un legs peut être exceptionnellement révoqué en cas de survenance d'enfant au testateur, pour erreur sur les motifs déterminants de la libéralité, quand le testateur a entendu faire dépendre de l'existence de ces motifs indiqués par lui dans le testament la validité de ces dispositions.

Un jugement du tribunal civil de Sarlat du 10 juin 1921¹ a fait application de ces principes et s'est refusé à voir dans la survenance d'un enfant une cause de révocation d'un legs parce qu'en l'espèce, la légataire était la mère du testateur et celui-ci avait voué à sa mère un

1. Tribunal civil de Sarlat, 10 juin 1921, D. P. 1921.2.130.

tel culte qu'il est douteux qu'il eût révoqué le legs s'il avait connu la grossesse de sa femme.

E) *Libéralités spéciales.*

Nous étudierons enfin quelques points concernant des libéralités d'une nature spéciale.

**

En matière de substitutions permises, la loi s'est montrée moins exigeante que pour les dispositions à titre gratuit ordinaires. Il n'est pas nécessaire en effet que les appelés à la substitution soient des personnes conçues. En revanche, le grevé doit *exister* pour être capable de recevoir.

Mais un point a été discuté : peut-on grever de substitution un légataire ou un donataire simplement conçu ? S'il s'agissait d'un mineur, l'affirmative ne saurait faire de doute.

Mais dans notre hypothèse, la négative a été soutenue par d'excellents auteurs¹. On invoque la maxime *infans conceptus*. L'enfant est regardé comme né lorsque tel est son intérêt. Or, celui qui est grevé de substitution n'est certainement pas favorisé par la charge de restitution qui lui est imposée, et on ajoute : si pour être capable de recevoir il suffit d'être conçu, pour conserver un bien reçu et le transmettre à d'autres, il faut certainement avoir une vie indépendante et réelle.

Nous trouvons ce raisonnement critiquable. En effet, les substitutions permises ne portent que sur la quotité disponible. L'enfant conçu grevé de substitution aurait donc pu ne rien recevoir. La libéralité aurait pu être adressée à un autre que lui. Il ne peut donc se plaindre.

Cette libéralité est, au surplus, *indivisible*. Il serait peu logique de la maintenir en ce qu'elle peut avoir de favorable à l'enfant et de l'annuler en ce qu'elle peut

1. René Lalou, *op. cit.*, p. 104.

avoir de défavorable à ses intérêts. Si l'enfant, par l'organe de son représentant, estimait la charge de restitution trop lourde, il n'aurait qu'à décliner le bénéfice de la libéralité.

*
**

Les père et mère et autres ascendants peuvent faire entre leurs enfants et descendants, soit par acte entre vifs, soit par testament, la distribution de leurs biens.

Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès, et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout.

Il est certain que l'omission dans le partage d'un enfant déjà conçu à cette époque entraînera la nullité de l'acte, puisqu'aux termes mêmes de l'article 725, l'enfant conçu existe et qu'il est habile à succéder.

A quel moment, l'action en nullité pourra-t-elle être intentée ? Une première solution est certaine : l'enfant ne saurait demander la nullité avant la mort du disposant. Car c'est seulement au moment du décès que l'on connaîtra les héritiers appelés à recueillir la succession.

Mais postérieurement au décès et avant la naissance de l'enfant posthume, pourra-t-on demander en son nom la nullité de l'acte de partage ? Nous ne le pensons pas. Il est préférable d'attendre la naissance. La mère peut ne pas mettre au monde un enfant vivant et viable, comme elle peut donner le jour à plus d'un enfant.

L'action en nullité ne sera intentée à bon escient qu'après « le succès des couches ».

§ 3. — LA STIPULATION POUR AUTRUI.

L'enfant conçu peut être bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Ce point a été souvent admis à l'occasion d'une des applications les plus fréquentes de la stipulation pour autrui, l'assurance sur la vie.

La Jurisprudence des tribunaux et des Cours d'appel a même assimilé, pendant longtemps, le bénéficiaire d'une assurance à un donataire. Elle en a conclu que pour être valablement institué, *il fallait* être conçu au moment de la souscription de la police.

Nous reviendrons sur cette jurisprudence lorsque nous traiterons des personnes futures non conçues. Nous verrons que cette façon de voir était fort critiquable et que la loi du 13 juillet 1930 s'est refusée à l'admettre.

Mais la stipulation pour autrui ne permet pas seulement de faire des libéralités à l'enfant conçu. Cet instrument technique de premier ordre en la matière des personnes futures permet également de passer au nom de *l'infans conceptus*, des conventions à titre onéreux. Ces conventions seront peut-être frappées d'une nullité relative. Mais cette nullité ne pourra être invoquée que par l'enfant après sa naissance. La Cour de cassation l'a admis dans l'arrêt Braud du 2 décembre 1901. Voici l'espèce ¹.

La Vve Emile Braud stipulant dans son propre intérêt et dans l'intérêt de l'enfant dont elle était enceinte à la mort de son mari survenue le 1^{er} juin 1897 consentait à des tierces personnes une promesse de vente, à la date du 5 juin 1897, à réaliser ultérieurement par acte authentique, du fonds de commerce dépendant de la succession du défunt, et de la communauté ayant existé entre lui et sa femme. Cette promesse de vente contenait des clauses tout à fait favorables à la veuve et à l'enfant conçu. Après la naissance de Madeleine Braud survenue le 29 juin 1897, le fonds de commerce est adjugé dans les formes légales, aux bénéficiaires de la promesse. La veuve Braud demanda alors l'exécution des stipulations contenues dans l'acte du 5 juin 1897. La Cour de Poitiers accueille sa demande. Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes décide : « Constitue une stipulation pour autrui permise, rentrant dans les termes de l'article 1122 Code civil, la convention passée par une veuve tant dans

1. Cass. req., 2 décembre 1901, *Pandectes françaises* 1903.1.113.

son propre intérêt que dans celui de l'enfant dont elle est enceinte. Cette stipulation ne peut être arguée de nullité comme irrégulièrement établie, que par le mineur lui-même et non par les personnes capables qui ont pris à son profit des engagements. »

§ 4. DROITS DE CRÉANCE.

Un enfant simplement conçu peut être titulaire d'un droit de créance. Sans doute, ce droit ne se fixera-t-il définitivement sur sa tête que s'il naît vivant et viable.

Ce principe a été maintes fois consacré en matière de rente viagère d'accident du travail. Mais il convient ici de distinguer entre l'existence du droit et l'exercice du droit.

La condition nécessaire et suffisante pour que les enfants de la victime aient droit à la rente prévue par l'article 3, alinéa *b* de la loi du 9 avril 1898, est qu'ils soient au moins conçus au moment de l'accident¹. En effet, en matière d'accident du travail, le fait générateur du droit à l'indemnité est l'accident lui-même. C'est donc au jour de l'accident qu'il faut se placer pour savoir si la personne qui réclame l'indemnité y a réellement droit.

Cette rente court-elle à partir de la naissance de l'enfant ou bien à partir du décès de son auteur ?

La Jurisprudence était, au début, sur ce point indécise. On faisait remarquer que la rente a pour objet de subvenir à des besoins personnels d'entretien, qui ne se rencontrent qu'après la naissance. Mais l'on pouvait objecter que la grossesse entraîne des frais certains; que la rente a au surplus un caractère forfaitaire et que s'il faut se placer au jour de l'accident pour déterminer les

1. Nancy, 17 décembre 1904, D. P. 1906.2.429, et sur pourvoi, Civ., 1^{er} août 1906, D. P. 1901.1.108; Cass. civ., 24 avril 1929, D. H. 1929, p. 298. — Sachet, *Traité de la législation des accidents du travail*, 8^e édit., par Casteil, t. I, n° 561. — Rouast et Givord, *Traité du Droit des accidents du travail*, n° 251, p. 265.

titulaires du droit à la rente, c'est aussi à partir de ce moment que la rente doit courir. La question est, au surplus tranchée par les termes du 4^e alinéa de l'article 3 disposant que la pension est *servie à partir du décès*. L'enfant conçu à cette date ne saurait être arbitrairement privé du bénéfice de cette disposition légale.

La Jurisprudence tend aujourd'hui à admettre cette seconde façon de voir ¹.

Les Cours d'appel ont eu également à s'occuper de la réclamation en justice de ce droit de créance. La Jurisprudence décide avec raison que l'action n'est pas recevable avant la naissance de l'enfant ².

En effet, tant que l'enfant n'est pas né, son état peut être l'objet d'une contestation. Sa viabilité est incertaine. Il peut être le produit d'une grossesse multiple, dont le résultat transformerait précisément la base de l'indemnité. Il y a donc lieu d'attendre l'issue naturelle de la conception.

D'ailleurs, la Jurisprudence ne se montre pas trop stricte. L'action sera sans doute déclarée recevable si l'enfant naît viable au cours du procès ³.

Mais une difficulté est possible. Il est admis que la prescription d'un an, courant à partir de l'accident, s'applique aux mineurs. Dès lors, un laps de temps très court pourra s'écouler entre le moment de la naissance et l'expiration du délai d'un an. Ce délai pourra être au minimum de 65 jours. Ce serait vraiment un peu court.

Nous estimons, en raison de la Jurisprudence qui n'accueille la demande de rente qu'après la naissance, que la prescription d'un an ne court qu'à partir de la naissance.

1. Dunkerque, 2 mars 1900, D. P. 1901.2.309; Civ., 24 avril 1929, D. H. 1929, p. 298. — *Contra* : Paris, 22 février 1901, D. P. 1901.2.308.

2. D. P. 1901.2.308, notes 1-2. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 67, p. 508. — Trib. civ. Dunkerque, 2 mars 1900; Trib. civ. Arras, 29 mars 1900; Paris, 22 février 1901, D. P. 1901.2.308; Trib. civ. Dax, 28 février 1901, *Pand. franç.* 1905.2.317. — *Contra* : Trib. civ. Seine, 10 octobre 1900, *Pand. franç.* 1905.2.316.

3. Dunkerque, 2 mars 1900, précité; Paris, 22 février 1901, précité.

C'est le cas où jamais d'invoquer la maxime : « *Contra non valentem agere non currit praescriptio.* »

La Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer tous ces principes dans l'arrêt Hérauval dont nous avons déjà parlé.

Ce qui a été admis par la Jurisprudence pour le droit à la rente d'accident du travail, doit l'être également en matière de créance d'indemnité ordinaire. Un père de famille est victime d'un accident mortel. Il laisse une femme enceinte. Il est certain que l'enfant posthume aura le droit de réclamer par l'organe de son représentant légal des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral subi.

Le Tribunal fédéral suisse a même décidé que l'action en dommages-intérêts, pour perte du soutien de l'enfant posthume ne se prescrit en règle générale qu'à partir du jour où il est établi par la reconnaissance de l'enfant par son grand-père paternel (art. 203 du Code civil suisse) ou par le jugement de légitimation (art. 307 Code civil suisse) que le demandeur est l'enfant de la victime de l'accident. C'est à ce moment-là seulement en effet que l'intéressé a connaissance d'un dommage pouvant justifier une action en justice ¹.

On peut aller plus loin encore. Un enfant conçu peut être *personnellement* victime d'un acte fautif. La chose n'est pas impossible. La Cour suprême d'Ottawa a statué sur ce cas curieux ². Une femme étant enceinte de sept mois est victime d'un accident par la faute d'un tiers. Elle accouche d'un enfant qui a les pieds bots et il est constaté que cette infirmité a pour cause l'accident causé à la mère.

La Cour a jugé que le représentant légal de l'enfant pouvait agir *ès qualités* pour réclamer des dommages-intérêts.

1. Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 10 juin 1936, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 917.

2. Cour d'Ottawa, 8 mai 1933, *Canada Law Reports*, 1933, p. 456, commenté dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1933, p. 1333.

L'un des juges a fait observer à ce propos qu'il n'y avait pas à faire appel à la maxime *infans conceptus*. Tant que l'enfant était dans le sein de la mère, il ne souffrait aucun préjudice. Ce n'est que lorsque le préjudice certain a été souffert que ses droits ont été lésés et qu'il a eu droit à réparation. Nous sommes en présence d'un de ces cas où le préjudice n'apparaît pas au moment de l'acte fautif.

M. Demogue, dans son commentaire de l'arrêt fait finement observer que si l'enfant ne peut marcher, le préjudice n'apparaît qu'à l'âge où normalement il aurait dû marcher, et il se prolongera pendant toute la vie de l'enfant. Le préjudice renaissant à chaque moment, l'action pourra être intentée tant que l'enfant vivra sans jamais être prescrite si son état est incurable¹.

Nous ne partageons pas tout à fait cette façon de voir. Un fait matériel est certain, c'est que l'acte fautif donnant droit à l'indemnité s'est produit au cours de la conception, et que le juge pourra statuer dès le moment de la naissance sur le préjudice présent et futur, conformément au principe de l'économie des moyens.

§ 5. DROITS DYNASTIQUES.

Les droits à la Couronne peuvent se fixer sur la tête d'enfants simplement conçus. La chose a été admise dès la plus haute antiquité. Plutarque dans sa *Vie de Lycurgue*², en un fragment que nous avons cité, relate que lorsque Polydecte, roi de Sparte mourut sans enfants, tout le monde crut que Lycurgue allait être roi. Il le fut en effet tant qu'on ignora la grossesse de la reine, sa belle-sœur. Mais dès qu'elle fut connue, il déclara que si elle avait un fils, ce serait à lui que la couronne appar-

1. Confér. Pau, 15 mars 1892, S. 93.2.133; Cass. Rome, 9 février 1905, *Revue trimestrielle*, 1908, p. 747. — Demogue, *Traité des obligations*, t. IV, n° 566.

2. Plutarque, *Vie des Hommes illustres*, t. I, p. 84, Garnier édit.

tiendrait, et dès ce moment, il n'administra le royaume qu'en qualité de tuteur « *prodiquès* ».

L'Histoire de France fournit encore plusieurs exemples d'enfants posthumes en la personne du roi de France Jean I^{er}, né le 15 novembre 1316 de Louis X le Hutin prédécédé le 5 juin 1316 et de Clémentine de Hongrie. Un frère du roi défunt, Philippe, comte de Poitiers, prit la Régence en attendant les couches de la reine. Le comte, selon le *Diario de Sienne* et une charte de Nicolas Rienzi, aurait d'ailleurs, pour s'emparer du trône, substitué au petit roi, un enfant qui mourut quelque temps après ¹.

On peut citer encore plus près de nous, le cas du roi Alphonse XIII, né le 17 mai 1886 d'Alphonse XII prédécédé le 25 novembre 1885 et de Christine d'Autriche. Sa mère, la reine Christine fut proclamée régente à la mort de son époux ².

Cette vocation à la Couronne des enfants simplement conçus, résulte de leur capacité successorale si généralement admise.

1. *Encyclopédie*, V^o Jean Premier.

2. *Encyclopédie*, V^o Alphonse XIII.

CHAPITRE IV

LA REPRÉSENTATION DE L'ENFANT CONÇU

Nous avons, dans les pages qui précèdent, étudié la condition juridique de l'enfant conçu. Certes, les droits nombreux dont il peut être titulaire ne se fixeront sur sa tête d'une manière définitive que s'il naît vivant et viable. Mais avant même la naissance, il peut être nécessaire d'agir pour la défense de ses droits. Or, l'enfant conçu est frappé d'une incapacité d'exercice absolue.

La solution qui se présente d'abord à l'esprit est de déclarer la mère tutrice dès avant la naissance de l'enfant et de la charger de le représenter. Cette solution serait contraire à la tradition historique. Le Droit romain et l'ancien Droit décidaient en effet qu'on ne peut désigner de tuteur proprement dit qu'à l'enfant déjà né¹. Cette solution serait par surcroît imprudente. Car il ne s'agit pas simplement ici de la sauvegarde d'intérêts pécuniaires. L'enfant conçu peut être victime de tentatives criminelles de suppression ou de supposition de part. Si le mari, dans l'ignorance de la grossesse de sa femme meurt en lui léguant sa fortune, n'est-il pas à craindre parfois qu'un égoïsme odieux ne conduise la mère à écarter cet héritier imprévu et à attenter à la vie de l'enfant qu'elle porte dans son sein ? Ne faut-il pas, d'autre part, protéger les héritiers du mari contre une simulation de grossesse et d'accouchement faite en vue de s'emparer de la fortune du défunt ?

1. Loi 20, *De tut. et curat.* : « Ventris tutor a magistratibus populi romani dari non potest, curator potest. »

L'article 393 a remédié à ces inconvénients : « Si lors du décès du mari la femme est enceinte, il est nommé un curateur au ventre par le Conseil de famille. »

Ce n'est pas là une innovation du Droit moderne. En Droit romain, un curateur de ce genre était nommé quand la femme se prétendait enceinte, soit au moment du divorce, soit au moment du décès du mari, et s'il y avait lieu de fixer la filiation de l'enfant posthume¹.

Notre ancien Droit a suivi les errements du Droit romain². Et le Code civil respectant fidèlement la tradition a retenu l'institution et cette curieuse expression de curateur au ventre. Il a écarté le terme de « curateur à l'enfant à naître » qui se trouvait dans le projet primitif³.

Tout cela fait que le texte de l'article 393 ne convient guère à nos mœurs. Il était loisible aux Romains de donner le droit de « *inspiciendo ventre custodiendoque partu* » au curateur au ventre; cette inquisition nous fait aujourd'hui sourire. Demolombe écrivait déjà que la surveillance ne saurait être exercée par le curateur avec trop de convenances, de discrétion et de réserve⁴. En fait, le curateur au ventre est une institution défunte qui appartient à l'histoire, tout comme ces « matrones » dont parlent les vieux arrêts.

1° Dans quels cas y a-t-il lieu à nomination de curateur au ventre ? Il faut tout d'abord faire remarquer que la nomination de ce curateur est facultative et que la loi n'attache aucune sanction à l'inobservation du texte de l'article 393.

En règle générale, tout intéressé a qualité pour demander cette nomination⁵ : cela résulte des termes mêmes de l'article 393 : « Si lors du décès du mari, la femme est enceinte... » Cette mesure peut être prise par cela

1. L. 20, *Dig.*, *De tutelis*; L. 1, § 17 et 19; *Dig.*, *De ventre in possess. mit.*; *Dig.*, lib. XXV, t. L, IV, *De inspiciendo ventre*.

2. Nouveau Denisart, V^o Curatelle, § 5.

3. Loqué, *Législ. civ.*, t. VII, p. 99 et 159.

4. Demolombe, t. I, n^o 58, p. 30.

5. Merlin, *Rép.*, V^o Curateur, § 9. — Demolombe, *Minorité*, t. I, n^o 63, p. 33.

seul que la femme déclare être enceinte, sans que les parents aient le droit d'exiger que la veuve prouve sa grossesse en se soumettant à une visite médicale¹. Le droit des parents du défunt à l'envoi en possession de ces biens peut ainsi se trouver suspendu par cette simple allégation. Mais en revanche, un curateur au ventre peut être nommé en l'absence d'une demande quelconque de la femme, et alors même qu'elle déclare ne pas être enceinte². Elle a toutefois le droit de s'opposer à cette mesure en offrant de se soumettre à une expertise médicale³. Elle peut avoir intérêt à le faire si son mari lui a adressé un legs universel.

L'article 393 s'applique-t-il également au cas où la femme a des enfants déjà nés ? On a soutenu la négative en faisant valoir que le but principal de la nomination du curateur est la crainte de supposition de part, que cette crainte n'existe pas quand il y a d'autres enfants⁴. Mais cette façon de voir n'est pas juste. L'article 393 ne fait aucune distinction. Ses termes sont des plus généraux ; le danger de supposition ou de suppression de part est toujours possible. De plus, si les enfants déjà nés se mettent en possession de la fortune paternelle, il faudra bien un défenseur à l'enfant simplement conçu. Ce défenseur ne peut être la mère puisqu'elle n'est pas encore sa tutrice ; il faut donc un curateur⁵.

La question devient plus délicate lorsque les enfants existants sont encore mineurs. En effet, dans ce cas la mère est déjà tutrice et il y a un subrogé tuteur. Or, l'article 393 n'envisage que le cas où il n'y a pas encore de tutelle et il décide que le curateur au ventre deviendra subrogé tuteur. Ce qui suppose bien qu'il n'y en a pas encore. Dans le projet primitif du Code civil, il y avait un article spécial pour ce cas, et il disposait :

1. Aix, 19 mars 1807, S. et P. chr., D. A. 12.704. — Aubry et Rau, t. I, p. 559, § 136, note 1.

2. *Juris. gén.*, V^o *Minorité, Tutelle*, 125.

3. Aubry et Rau, 5^e édit., t. I, § 136, p. 858.

4. Duranton, t. III, n^o 429. — Laurent, t. V, n^o 394.

5. Demolombe, t. VII, n^o 71 à 73.

« quand il existera d'autres enfants le subrogé tuteur remplira en même temps, les fonctions de curateur ». Le rejet de cet article semble prouver qu'on entend maintenir l'article 393 dans toute sa généralité et qu'il s'applique toujours, qu'il y ait ou non des enfants mineurs ¹.

Le conseil de famille a seul qualité pour désigner le curateur au ventre ². Le juge de paix peut même le réunir d'office dans ce but. Le curateur étant appelé à devenir subrogé tuteur, la mère qui sera nécessairement tutrice, ne pourra voter pour sa nomination ³. Le curateur devra être choisi dans la ligne paternelle puisque c'est la mère qui sera tutrice ⁴. Le curateur ne pourra pas refuser les fonctions qui lui seront déférées que dans le cas où la chose serait possible pour le subrogé tuteur ⁵. Ses biens ne seront pas frappés de l'hypothèque légale.

Nous avons vu dans quels cas, il y avait lieu à nomination de curateur au ventre. Avant de définir son rôle, il nous faut préciser un point : Pour produire ses effets à l'égard des tiers, la nomination d'un curateur doit-elle être portée à leur connaissance ? Un arrêt de la Cour de cassation a donné la solution affirmative ⁶. Avec raison, croyons-nous, car on ne peut exiger des tiers qu'ils soient au courant de cette situation un peu particulière. Dès lors, il sera prudent de notifier dans tous les cas, cette nomination aux intéressés. Ainsi, il a été jugé qu'une procédure de folle enchère contre une veuve légataire universelle est légalement poursuivie et produit ses effets résolutaires si la grossesse de cette veuve et la nomination d'un curateur au ventre n'ont pas été notifiés au créancier poursuivant ⁷.

2° Le curateur a une double mission à remplir. Il administre les biens de la succession du mari, mais il veille aussi au danger d'une suppression ou d'une supposition

1. Magnin, t. I, n° 592. — Fremenville, t. I, n° 62.

2. Aubry et Rau, t. I, § 136, p. 561.

3. Huc, t. III, n° 272, p. 274.

4. Huc, *ibidem*.

5. Huc, *ibidem*.

6. Cass., 19 avril 1887, D. P. 87.1.490.

7. Cass., 19 avril 1887, précité.

de part ¹. Sur ce second point, tout le monde est d'accord pour reconnaître que sa surveillance ne doit pas avoir ce caractère vexatoire qu'elle avait en droit romain. A cet égard, le curateur n'a aucune autorité sur la femme ². Il ne pourrait lui assigner le lieu de sa résidence ou de son accouchement. Cependant sa discrétion ne doit pas être excessive. Il a le droit de rendre visite à la femme et même d'assister à son accouchement ³. Les tribunaux pourront d'ailleurs en cas de contestation ordonner toutes mesures de surveillance utiles.

Le curateur est surtout chargé d'administrer provisoirement la succession du mari prédécédé et de représenter l'enfant à naître ⁴. Son autorité est exclusive, la mère ne peut pas s'immiscer dans l'administration avant la naissance de l'enfant. Toutefois, si le curateur négligeait les intérêts de l'enfant, elle pourrait provoquer la réunion du conseil de famille qui aviserait. Mais le droit d'administration cesse lorsqu'il existe d'autres enfants mineurs. C'est le tuteur dans ce cas qui administre sauf le droit pour le curateur d'intervenir pour la sauvegarde des intérêts de l'enfant à naître.

Le curateur, dont l'autorité n'est que provisoire, doit se borner à faire des actes conservatoires ⁵ notamment renouveler les inscriptions, interrompre les prescriptions, recevoir les revenus, payer les dettes exigibles, s'il existe dans la succession des fonds suffisants. Il peut requérir l'apposition des scellés à titre de mesure conservatoire. Il peut consentir des baux d'une durée limitée. Il est même tenu de le faire.

Le curateur devra observer les formalités imposées au tuteur pour tout acte urgent qui excéderait les limites des pouvoirs d'administration. Il devra fournir une provision à la veuve, si celle-ci la réclame. Mais le conseil de

1. Loaré, *Législ.*, t. VII, p. 171, n° 4. — Demolombe, t. I, n° 49, p. 27.

2. Duranton, t. III, n° 430.

3. Demolombe, t. I, n° 59, p. 31.

4. *Jur. gén.*, V° *Minorité, Tutelle*, 129, 130.

5. Demolombe, t. VII, n° 52, p. 30.

famille devra statuer sur la quotité de la pension, sauf recours devant les tribunaux.

Tout ce qui dépasse l'acte de pure administration doit être interdit au curateur, dont le rôle est simplement de maintenir le « *statu quo* » : il se peut en effet, que l'enfant naisse non viable, ou encore que la parturition soit multiple. Le curateur n'a donc pas le droit d'intenter une action en partage ; il peut cependant y défendre à charge par lui de demander des délais qui permettront au tuteur d'agir¹. Il ne peut pas pour les mêmes raisons intenter avant la naissance l'action tendant à l'allocation de la rente viagère due en cas d'accident mortel survenu au père de l'enfant².

On s'est demandé si le curateur au ventre pouvait se porter acquéreur des biens devant revenir à l'enfant à naître. Ces biens en principe ne doivent pas être vendus avant la naissance de l'enfant. Toutefois, en cas de nécessité la vente peut être ordonnée par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal. C'est alors le curateur qui doit poursuivre la vente. La prohibition de l'article 1596 alinéa 2, le concerne-t-elle ? Il a été jugé que le curateur au ventre étant seul chargé de représenter et de défendre l'enfant à naître, ne peut se rendre adjudicataire des immeubles du mari décédé, en cas de saisie immobilière pratiquée par les créanciers de celui-ci³. Ce jugement a été réformé. On a estimé que si la vente est poursuivie et ordonnée à la requête du tiers, l'article 1596 ne s'applique plus. Il n'autorise pas à assimiler le curateur au tuteur. Mais il y aurait lieu dans ce cas de nommer à l'enfant un curateur *ad hoc*, en raison de l'opposition d'intérêts⁴.

Les fonctions du curateur au ventre cessent par l'ac-

1. *Jur. gén.*, V^o *Minorité, Tutelle*, 131. — *Contra* : Besançon, 4 mai 1810, *Jur. gén.*, *ibidem*.

2. V. les arrêts cités plus haut. — *Contra* : note X..., *Pandectes françaises* 1905.2.305.

3. Trib. Foix, 18 janvier 1882, S. 83.2.46, P. 83.1.237.

4. Toulouse, 6 décembre 1883, S. 84.2.66, P. 84.1.346; Cass., 19 avril 1887, D. 87.1.490.

couchement de la femme (il devient alors subrogé tuteur), par le décès de la femme, par l'expiration sans accouchement du 300^e jour après le décès du mari, par la survenance de l'incapacité du curateur, par le décès de ce dernier ⁴. Le curateur doit rendre compte de sa gestion à ceux qui recueillent définitivement la succession. ou à la veuve qui devient tutrice légale.

1. V. *Pandectes françaises*, V^o Curateurs, n^o 77.

DEUXIÈME PARTIE

Les personnes non conçues

GÉNÉRALITÉS

Nous avons étudié la condition juridique de l'enfant conçu. Si nous avons évité de faire appel aux fictions romaines, une antique tradition a néanmoins guidé nos raisonnements. Nous étions au surplus en présence d'un « donné naturel » incontestable : un germe dont le devenir présente un caractère nécessaire.

Avec les personnes à venir, nous abordons des contrées juridiques moins sûres où l'incertitude règne encore. Ces personnes n'existent même pas en puissance. Elles sont exclues du droit par des textes formels.

Faut-il pourtant renoncer à découvrir ici encore un donné naturel. N'y a-t-il pas ici des réalités naturelles dont le droit peut et doit tenir compte ? Nous le pensons.

Les êtres à venir sont des personnes incertaines¹ ; mais cette incertitude sur leur existence est susceptible de degrés. Voici un legs avec charge au profit des enfants à naître du légataire. Ces êtres à venir sont incertains à un degré maximum. L'incertitude au contraire est réduite au minimum lorsque le droit éventuel est constitué au profit d'une collectivité de personnes futures. Le Droit peut ici tenir compte des « probabilités ». Lorsque joue la loi des grands nombres, le droit éventuel risque moins

1. Il s'agit ici uniquement d'incertitude sur l'existence et non d'incertitude sur l'identité sociale (indétermination). V. *Supra*, p. 3-4.

de demeurer sans titulaire. Il en sera ainsi notamment dans l'hypothèse où un testateur lègue une certaine somme à sa ville natale, à charge par elle de doter chaque année un nombre déterminé de jeunes filles sans fortune.

D'autre part, lorsque l'on stipule pour des personnes présentes et futures à la fois, la disposition au profit des personnes présentes sert de support juridique à la disposition en faveur d'êtres éventuels.

Enfin, l'incertitude fait place à la certitude lorsque le cercle des personnes futures envisagées s'élargit à l'infini.

Une nation est, en effet, un être juridique qui dure grâce aux générations futures sans cesse renouvelées. Ces générations futures constitueront la nation de demain. Leur venue à la vie est certaine et dans une large mesure ce fait donne au devenir de la nation un caractère nécessaire. Si une personne future isolée est incertaine, la collectivité des personnes futures représente une certitude¹.

Et cette idée se trouve confirmée si l'on remarque que les générations ne se succèdent pas en bloc, mais partiellement, fragmentairement en quelque sorte. Il se produit une interpénétration des générations qui accentue le caractère nécessaire du devenir national.

Les générations à venir sont donc des personnes futures qui peuvent faire l'objet de règles fermes, et dont on peut sauvegarder les droits sans crainte de voir cette réglementation demeurer sans objet.

Nous sommes donc en présence d'une idée centrale qui servira pour ainsi dire de base naturelle à notre étude : le caractère incertain des personnes futures est susceptible de degrés infiniment variables.

Il appartiendra au Droit public de sauvegarder dès à présent les intérêts généraux des êtres à venir sans avoir

1. Ainsi l'incertitude sur l'*existence* des personnes futures apparaît comme inversement proportionnelle en principe à l'incertitude sur leur *identité sociale* (-indétermination).

à donner à ses règles un caractère conditionnel. Certaines de ces règles d'ailleurs auront parfois un double objet. Elles seront destinées à sauvegarder à la fois les intérêts de personnes présentes et futures.

Il appartiendra au Droit privé de réserver à ces êtres à venir la possibilité d'acquérir des droits, de nature patrimoniale principalement, et dont sans doute ils ne deviendront définitivement titulaires que s'ils arrivent à la vie. A une éventualité d'être, ne saurait correspondre qu'une éventualité de droit.

Ces règles du Droit privé et du Droit public relatives aux personnes futures donnent ainsi naissance à un droit statutaire des personnes futures, dans le cadre duquel pourront prendre place des dispositions et des initiatives individuelles.

Au point de vue formel d'ailleurs les règles du Droit privé et du Droit public relatives aux personnes futures seront semblables. L'objet seul en sera différent. Il s'agira dans un cas de sauvegarder des intérêts généraux, dans le second cas, des intérêts privés.

Nous envisagerons successivement la condition juridique des non-conçus en Droit public et en Droit privé.

TITRE PREMIER

LES PERSONNES FUTURES EN DROIT PUBLIC

Le Droit public établit des règles destinées à sauvegarder les droits des générations futures. Ces règles sont de natures fort diverses. Elles ressortissent au Droit pénal, à la législation sociale, au Droit administratif et au Droit constitutionnel.

Parfois, les rapprochements que nous ferons paraîtront forcés. Il ne faudra pas cependant s'arrêter à cette apparence. Fidèle à la thèse que nous avons exposée dans l'introduction de cet essai, nous nous sommes constamment attachés à la nature de l'intérêt juridiquement protégé. Lorsque cet intérêt est celui d'êtres à venir, son étude prend logiquement place dans ces pages.

**

1° LA LOI ET LES PERSONNES FUTURES.

Aux termes de l'article 2 du Code civil, la loi dispose pour l'avenir. Ce principe fondamental de notre Droit, qui est l'expression d'une règle élémentaire de justice et de bon sens, concerne directement les personnes futures.

Ce n'est pas seulement la loi d'ailleurs qui dispose pour l'avenir, ce sont encore les décrets et les actes réglementaires en général.

Que cette règle première rentre dans le cadre de notre étude, cela n'est pas contestable. Le problème que nous étudions est celui de savoir si une personne peut revendiquer un droit ouvert antérieurement à sa conception, et nous avons défini la personne future, l'être qui n'est

pas encore conçu au moment où se produit un fait ou un acte juridique.

Or, la loi est un acte juridique *lato sensu*, et il résulte de l'article 2 du Code civil qu'une personne venant à la vie pourra se voir opposer des lois promulguées antérieurement à sa conception, de même d'ailleurs qu'elle pourra en revendiquer le bénéfice.

Certes, cette disposition du Code civil n'intéresse pas exclusivement les personnes futures. Elle concerne également l'avenir immédiat dans lequel vont évoluer les personnes présentes. Mais elle intéresse les personnes futures au premier chef. Ainsi ces êtres venant à la vie seront régis par un système de lois contraignantes parfois, mais souvent bienfaisantes, dont ils pourront revendiquer le bénéfice.

Nous sommes évidemment assez loin des hypothèses où, en application des règles du Droit privé, des individus présents s'accordent, en vue de faire naître un droit éventuel au profit d'êtres à venir.

Ainsi un syndicat ouvrier et un syndicat patronal contiennent des clauses et conditions d'une convention collective de travail ; cette convention collective qui contient une série de stipulations pour autrui au profit des ouvriers présents et à venir pourra notamment fixer le salaire minimum. Les ouvriers qui donneront ultérieurement leur adhésion au syndicat ou directement à la convention collective, pourront revendiquer le bénéfice de cette stipulation, exiger le salaire minimum prévu à la convention quand bien même ils n'eussent pas été conçus lors de la signature de la convention collective.

Ces conventions collectives peuvent avoir un champ d'application très étendu, mais comme nous le verrons d'ailleurs, elles ne peuvent être invoquées que par ceux qui y ont directement ou indirectement adhéré.

Le nombre des personnes futures appelées à bénéficier de la règle conventionnelle est nécessairement limité. Il est de toute évidence inférieur au nombre des personnes futures appelées à bénéficier de la règle légale.

Mais l'institution de la convention collective va justement nous montrer le passage de la règle conventionnelle à la règle légale dont l'empire s'étend sur l'universalité des personnes futures.

La loi du 24 juin 1936 a, en effet, prévu que les dispositions des conventions collectives pourront, par arrêté du Ministre du Travail, être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention.

L'acte réglementaire donne ainsi à la convention collective une valeur générale et une force obligatoire. Dès lors un curieux rapprochement s'établit entre la loi ou le décret qui disposent pour l'avenir, et la convention collective qui était dans son essence une stipulation pour autrui au profit de personnes présentes et futures.

**
*

2° LA PROTECTION DES PERSONNES FUTURES EN DROIT PÉNAL¹.

« Ceux qui font les antithèses en forçant les mots sont ceux qui font de fausses fenêtres pour la symétrie. Leur règle n'est pas de parler juste mais de faire des figures justes. » (Pascal, *Pensées*, Ed. Havet, p. 129.)

On a pu se souvenir de cette pensée de Pascal à la lecture de ce titre. Parler de la protection pénale de l'être à venir après celle de l'enfant conçu paraît correspondre à un vain souci de symétrie. Ces êtres à venir n'existent pas. Comment songer à protéger leur vie et leur personne ?

Mais si ces êtres ne vivent pas, on peut les empêcher de vivre, en détruisant chez les êtres présents, par le journal et par le livre, la volonté de procréer. La propagande anticonceptionnelle est aux personnes futures ce

1. Cette question devait être examinée dans le présent titre : Le Droit pénal fait partie intégrante du Droit public, puisque le droit de punir n'appartient qu'à l'Etat. — Cf. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, n° 22.

que la provocation au meurtre est aux vivants¹. Lorsque la loi réprime cette propagande, que fait-elle sinon consacrer indirectement un droit à la vie des personnes futures.

En réprimant les attentats à la vie des différents membres d'une société, c'est aussi sa propre existence que cette société défend. Mais il ne servirait de rien à une société de défendre la vie de ses membres présents, si elle se voyait entravée dans sa volonté de vivre et de demeurer dans l'avenir. Une société qui accueillerait dans son sein de telles aspirations de stérile individualisme, accepterait sa perte. Et elle ne peut pas le vouloir.

Avec quelle énergie s'affirme cette volonté de vivre lorsque cette société sort d'une crise où elle a manqué succomber !

Le 28 janvier 1919, M. Henry Chéron défendant devant le Sénat le projet de loi sur la propagande anticonceptionnelle, s'exprimait en ces termes : « Cette propagande est dirigée contre l'existence même de la patrie. Il y a là une question *de vie ou de mort pour la France* »².

En France, après la guerre mondiale, intervient la loi du 31 juillet 1920³, dont les articles 3 et 4 répriment la propagande anticonceptionnelle.

ART. 3. — « Sera puni d'un mois à six mois de prison et d'une amende de 100 francs à 5.000 francs quiconque, dans un but de propagande anticonceptionnelle, aura par l'un des moyens spécifiés aux articles 1^{er} et 2, décrit ou divulgué, ou offert de révéler des procédés propres à prévenir la grossesse ou encore facilité l'usage de ces procédés.

» Les mêmes peines seront applicables à quiconque, par l'un des moyens spécifiés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, se sera livré à une propagande anticonceptionnelle ou contre la natalité. »

1. Mais ici, le fait « provoqué », c'est-à-dire la stérilité volontaire demeuré impuni, à la différence de la « provocation » préalable réprimée comme délit distinct.

2. *Journal officiel* du 29 janvier 1919, p. 40 à 52.

3. D. P. 1921.4.162.

ART. 4. — « Seront punies des mêmes peines, les infractions aux articles 32 et 36 de la loi du 21 Germinal an II, lorsque les remèdes secrets sont désignés par les étiquettes, les annonces ou tout autre moyen, comme jouissant de vertus spécifiques préventives de la grossesse, alors même que l'indication de ces vertus ne serait que mensongère. » Cette loi n'a pas été admise sans difficultés.

On a parlé d'atteinte grave à la liberté individuelle. Ce texte censure des actes qui ne relèvent que de la conscience. On a soutenu qu'il portait atteinte à la liberté de penser et d'écrire, puisque les théories néo-malthusiennes étaient des théories philosophiques et sociales.

On a enfin invoqué les lois de l'hygiène et de la santé qui souvent s'opposent à de nouvelles conceptions, en raison des conséquences graves qu'elles peuvent parfois entraîner pour la mère.

Mais ces considérations ont été sans force devant l'urgence du problème de la dénatalité.

Il est certain d'ailleurs que la loi ne peut avoir la prétention d'atteindre les restrictions sexuelles. Elle ne saurait pénétrer dans « l'intimité du ménage, le secret de l'alcôve et le domaine de la conscience ». Ce que la loi veut atteindre, c'est seulement la propagande, l'œuvre éducatrice par la publicité qui peut être si néfaste dans certains milieux. Et cette propagande ne sera l'objet de poursuites judiciaires que s'il est démontré qu'elle a été faite dans une pensée coupable, celle de nuire au développement de la natalité et à la repopulation en France.

La propagande est punie sous les trois formes qu'elle peut prendre.

La première est la vulgarisation des procédés propres à prévenir la grossesse par les moyens énoncés aux articles 1 et 2 de la loi. La deuxième est la propagation de l'idée même anticonceptionnelle par l'un des moyens énumérés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ce ne sera pas un délit de presse, mais toujours un délit de droit commun, soumis aux règles de procédure du droit commun. La dernière forme

est la propagande par l'objet propre à prévenir la conception. Il s'agissait d'interdire et de réprimer la publicité qui s'étale dans beaucoup de journaux et affiches, à la devanture des magasins, et qui recommande telle ou telle spécialité propre à prévenir la grossesse.

L'acte est punissable par lui-même, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la propagande a porté ses fruits.

*
**

Une autre règle de notre Droit pénal vient sauvegarder les droits des êtres à venir. Le principe de la personnalité de la peine veut que la peine frappe exclusivement le coupable sans atteindre sa famille et sa postérité présente et future.

Le Droit moderne a écarté le verset de l'*Exode* ; et les fautes des pères ne retombent plus sur les enfants jusqu'à la troisième et quatrième génération¹.

Dans les sociétés primitives, le crime était sanctionné par la vengeance privée, et la vengeance s'exerçait non seulement contre le coupable, mais encore contre sa famille et sa descendance. Si les parents trouvaient cette responsabilité trop lourde, ils pouvaient d'ailleurs par des cérémonies symboliques rompre le lien de parenté².

Avec l'évolution du Droit romain, la peine devint personnelle. L'idée de solidarité familiale, l'idée de peine participant de la nature d'une malédiction religieuse, font place à une idée plus haute de justice humaine : la peine ne peut frapper que le coupable.

Mais dans certains cas particulièrement graves, les tendances archaïques renaissent. Il en était ainsi notamment lorsque le crime était dirigé contre l'Etat et la personne du souverain. Le Droit romain réprimait le « *crimen majestatis* », l'atteinte à la grandeur du peuple et de l'Etat romain. Les biens du coupable étaient confisqués et les fils enveloppés dans l'infamie de leur père,

1. *Exode*, XX, 5.

2. Brissaud, *Manuel d'Histoire du Droit privé*, p. 413.

étaient déclarés incapables de recevoir par succession ou donation ¹.

Les auteurs de l'ancien Droit, Jousse et Muyart de Vouglans notamment rappellent plus d'une fois le principe de la personnalité de la peine, qui leur paraît conforme à la Justice. Jousse cite en les approuvant les paroles de Denys d'Halicarnasse : « On a vu par expérience que Dieu n'a jamais donné d'enfants ou les a bientôt ôtés à ceux qui ont fait mourir le fils pour la faute du père » ².

Mais comme en Droit romain, les crimes de lèse-majesté divine et humaine obéissaient à des règles différentes.

L'ancien Droit faisait d'ailleurs une distinction spéciale. Le crime de lèse-majesté humaine *au premier chef* était le plus grave ³. Rentraient notamment sous cette qualification, les attentats à la vie du Souverain, les complots contre la sûreté de l'Etat. C'est au sujet de ce délit que Jousse écrit : « Quoique ce soit une règle générale en matière de crime qu'il n'y a que celui qui l'a commis, qui doive en porter la peine, quand il s'agit d'un crime de lèse-majesté au premier chef, les enfants du coupable quoiqu'innocents ne laissent pas d'être punis, afin d'imprimer une plus grande horreur de ce crime, et que les pères soient encore plus détournés par là de l'envie de le commettre ».

Les Ordonnances de Blois (art. 138) et d'Orléans (art. 175, 179), consacrant le droit traditionnel, privaient la postérité du coupable de lèse-majesté « de tous états, offices, honneurs, privilèges et tous autres droits », sans distinguer entre la postérité présente et future ⁴.

La peine de la confiscation générale était également prononcée.

Les crimes de lèse-majesté humaine au second et autres moindres chefs, obéissaient à des règles légèrement

1. *Pandectes françaises*, V^e Sûreté de l'Etat, n^{os} 2-3.

2. Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. I, Préface, V.

3. Jousse, *ibidem*, t. III, p. 688.

4. Garraud, *Traité du Droit pénal*, t. I, n^o 70, p. 144.

différentes. « Ces crimes sont ceux qui renferment quelque entreprise contre la majesté du Roi ou contre son autorité. Ils se punissent le plus souvent de confiscation de corps et de biens seulement sans que la peine passe contre la postérité des coupables ¹.

Pour les crimes de lèse-majesté divine, portant offense à la Religion établie, la confiscation au profit du Roi était ordonnée comme accessoire de la peine principale.

Cette sanction de la confiscation générale portait atteinte au principe de la personnalité de la peine. La postérité du coupable se trouvait indirectement frappée en se voyant privée du patrimoine qui aurait dû normalement lui être dévolu.

Les philosophes du XVIII^e siècle n'ont pas manqué de s'insurger contre ces règles d'une sévérité extrême.

La loi révolutionnaire du 21 janvier 1790 s'inspirant de ces tendances disposa : « que le supplice d'un coupable et les condamnations infamantes quelconques n'impriment aucune flétrissure à sa famille; que l'honneur de ceux qui lui appartiennent n'est nullement entaché ». La confiscation générale des biens est par ailleurs supprimée. « La postérité du coupable continuera d'être admissible à toutes sortes de professions, emplois et dignités » ².

Ces principes sont passés dans notre Code pénal. Ils sont l'expression impérieuse de notre sentiment de justice, quoi qu'en ait pu penser M. de Maistre ³.

Pourtant ces règles se trouvent parfois écartées par la force même des choses. Il est certain d'abord que la flétrissure morale du crime rejaillit sur les enfants du coupable même s'ils ont été conçus après le crime ⁴. Les Parlements contraignaient autrefois la famille d'un Damiens ou d'un Ravallac à ne plus porter un nom aussi funeste. Mais de nos jours, le Conseil d'Etat est souvent

1. Jousse, *op. cit.*, *ibidem*.

2. Garraud, *ibidem*.

3. *Les Soirées de Saint-Petersbourg*, p. 224, cité par M. Donnedieu de Vabres, *Traité de Droit criminel*, p. 41, n° 53, Sirey, 1937.

4. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 293, n° 477.

saisi de demandes de changements de nom introduites par les héritiers d'un nom tristement célèbre, demandes qu'il accueille d'ailleurs avec bienveillance.

D'autre part, le châtimement blesse trop souvent même indirectement la famille du coupable¹. Le devoir du législateur est de « restreindre ces effets indirects dans les limites les plus étroites, de ne pas devenir lui-même par le choix de certaines peines, la cause immédiate d'une incidence qui ne serait ni naturelle ni nécessaire »².

Ainsi l'on admet, malgré quelques avis contraires, que l'amende peut être recouvrée contre les héritiers, si la condamnation a acquis l'autorité de la chose jugée avant le décès du testateur.

Enfin, la peine de la confiscation générale, abolie par la Charte de 1814, a reparu pour le cas de crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat.

L'article 3 de la loi du 14 novembre 1918³ dispose, il est vrai, que si le condamné est marié ou s'il a des enfants ou des ascendants, il sera procédé au partage de ses biens, conformément aux règles du Droit commun. La quotité disponible seule sera vendue au profit de la nation, le reste de biens devenant la propriété des réservataires.

Ces réserves atténuent sans doute le caractère peu personnel de cette peine nouvelle. Mais la loi ne prend en considération que les intérêts présents. Elle néglige complètement l'intérêt futur des enfants qui pourront naître postérieurement à la condamnation. Il eût été sans doute préférable de disposer que la confiscation ne pourrait porter que sur la quotité disponible minimum.

*
**

Une autre règle de notre Droit pénal concerne la protection des personnes futures dans un cas prévu par la loi du 24 juillet 1889⁴.

1. *Pandectes françaises*, V° *Peines*, n° 15.

2. Garraud, *Traité de Droit pénal français*, t. I, p. 611

3. D. P. 1921.4.51.

4. D. P. 90.4.15.

Cette loi a prévu la déchéance facultative de la puissance paternelle lorsque les parents ont encouru certaines condamnations qui laissent penser qu'ils ne sont pas capables de veiller à l'éducation morale de l'enfant.

Des mesures pourront même être prises en faveur des enfants à naître. L'article 9, alinéa 3 de la loi s'exprime en ces termes : « Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la Chambre du Conseil dans les termes de l'article 5, pour la période du premier âge ».

Dans cette hypothèse spéciale, nous voyons le législateur prendre en considération les intérêts matériels et moraux de personnes futures et prévoir les mesures susceptibles de les sauvegarder.

Ainsi, notre système de Droit pénal, par certaines de ses règles, protège la vie et les intérêts moraux des êtres à venir. Il veille à ce qu'une injuste incidence de la peine ne vienne atteindre des innocents, qui au moment du crime étaient moins qu'une espérance d'être.

*
**

3° LA PROTECTION DE LA SANTÉ DES PERSONNES FUTURES.

Mais cette sollicitude des vivants pour les êtres à venir peut avoir encore un but plus élevé. On peut faire plus que sauvegarder la vie des générations futures.

L'humanité présente est affligée de maux naturels qui ruinent sa vigueur et sa santé. Comment ne pas songer à libérer la Société de ses maux, à perfectionner la race et faire en sorte que ceux qui viendront assurer demain la relève des vivants soient des êtres sains doués d'une invincible vigueur physique et morale.

L'eugénique¹ est justement cette science nouvelle qui a pour objet, d'après F. Galton, son fondateur, l'étude des influences capables de développer et de perfectionner la race.

1. *Larousse mensuel*, juillet 1912, V° *Eugénique*, p. 455.

Dans les rapports humains, dit le Dr Laumonnier, le jeu de la sélection naturelle semble faussé, puisque sous l'influence de la civilisation et du progrès des idées humanitaires, les survivants ne sont pas toujours les mieux doués.

La Société moderne s'encombre, poursuit notre auteur, de déchets humains, de débiles, d'infirmes, d'incurables, d'idiots, de déments, de criminels. L'inapte ne disparaît pas, il laisse des descendants qui héritent des tares parentales et souvent les aggravent. D'après M. Vallon, 6 % seulement des inculpés d'homicide ont une hérédité saine. M. de Varigny a même soutenu que la natalité qui est de 4 % dans les familles anglaises saines s'élève à 7,6 % dans les familles tarées.

Or, ces éléments mauvais provoquent un affaiblissement de la race. Les gens sains sont de plus obligés de faire les frais des dépenses énormes occasionnées par l'entretien des inaptes, la répression des délits et des crimes.

La question se pose de savoir, si l'on peut et si l'on doit diminuer le nombre des déchets humains et favoriser d'autre part, le développement et le perfectionnement des meilleurs. Un grand nombre de savants se sont attachés à ce problème : Fr. Galton, puis K. Pearson en Angleterre; V. de Lapouge et G. Le Bon en France; Niceforo en Italie; Wohltmann en Allemagne; Haycraft, Van Melter aux Etats-Unis. En Angleterre, une société : *Eugenics Education Society*, éditée depuis 1909, l'*Eugenics Review*.

Voici les mesures préconisées par ces savants. La première est le choix dans l'immigration. Aux Etats-Unis, la libre entrée n'est autorisée qu'aux émigrants sains de corps et d'esprit justifiant d'un pécule suffisant. La *South African Colonisation Society* qui s'occupe de placer des jeunes filles n'accepte que des sujets sains au moral et au physique, justifiant également de la possession d'un pécule.

La seconde mesure préconisée est l'interdiction du mariage à certaines catégories d'individus. Une loi du Con-

necticut interdit le mariage aux épileptiques, aux arriérés et aux déments, sous peine de trois ans de prison au minimum. Les intermédiaires qui ont facilité le mariage ou l'union libre sont punis de prison et de 1.000 dollars d'amende.

Une autre mesure préconisée est la stérilisation de certains anormaux. Cette mesure est appliquée en Allemagne par des lois récentes d'inspiration raciste.

Ainsi, aux termes de la loi allemande sur la stérilisation, du 17 octobre 1935, tout individu atteint d'une maladie héréditaire peut être stérilisé si, d'après les expériences de la science médicale, il y a de fortes craintes pour que ses descendants soient atteints de maladies héréditaires graves, physiques ou morales.

Dans le paragraphe 2 de la loi, sont citées les maladies donnant lieu à la stérilisation, entre autres divers types de maladies mentales, idiotie congénitale, épilepsie héréditaire, cécité et surdité héréditaires, graves difformités physiques héréditaires, alcoolisme héréditaire et invtéré.

Les juridictions compétentes sont ce qu'on appelle les Tribunaux de santé héréditaire (Erbgesundheitsgerichte) rattachés aux Tribunaux de première instance et composés d'un juge, d'un médecin fonctionnaire, et d'un second médecin expert en matières de maladies héréditaires. On peut interjeter appel devant le Tribunal supérieur de santé héréditaire rattaché à la Cour d'appel.

La loi sur la stérilisation destinée à éliminer les maladies héréditaires des générations futures trouve son complément dans la loi sur la protection de la santé héréditaire du peuple allemand du 18 octobre 1935¹, qui doit assurer la procréation d'une descendance irréprochable. Cette loi ajoute un certain nombre de motifs d'opposition au mariage à ceux qui sont énumérés dans le Code civil allemand, par exemple, en cas de danger de contagion grave, en cas de troubles mentaux indésirables à la « communauté » du peuple, et en cas d'interdiction pour faiblesse d'esprit, prodigalité, ou ivrognerie.

1. *Journal officiel du Reich*, 1935, I, p. 1246 et 1419.

Il ne nous appartient pas de porter un jugement sur de pareilles mesures. Peut-être certaines d'entre elles sont-elles injustes. Une société est, en effet, responsable de tout le bien et de tout le mal qu'elle porte dans son sein. Si des maux l'affligent, c'est à eux qu'elle doit s'attaquer et non à ceux qui en sont les victimes. Il faut d'abord supprimer la tuberculose, la syphilis, l'alcoolisme, et non les tuberculeux, les syphilitiques et les alcooliques.

Les législations positives sont d'ailleurs entrées dans cette voie, en vue de prévenir et de guérir, par l'institution de sociétés de tempérance, par la déclaration obligatoire de la tuberculose et de la syphilis, par l'assainissement des habitations.

Comment oublier, d'autre part, que de nombreux génies qui ont illustré leur temps, étaient affligés de terribles tares héréditaires ?

Mais ce sont là des considérations de politique sociale qui ne sauraient prendre place dans notre étude. Nous nous bornerons à faire remarquer que toutes ces mesures tendent vers un but unique : Faire des êtres à venir des êtres sains ; ne pas imposer aux générations futures la lourde charge d'innombrables déchets humains.

4° LA PROTECTION ÉCONOMIQUE DES PERSONNES FUTURES ¹.

Pour subvenir aux besoins financiers de l'Etat, la puissance publique a le choix entre deux instruments techniques : l'impôt et l'emprunt. L'impôt frappe la génération présente. L'emprunt a au contraire pour effet de rejeter sur les générations futures la charge des dépenses couvertes par l'emprunt. Ricardo ², il est vrai, a soutenu que l'impôt équivalait à l'emprunt. C'est toujours la génération présente qui supporte les charges. Pour les générations futures, que l'on ait ou non recouru à l'emprunt, peu leur importe.

1. L'examen de cette question a sa place dans le présent titre. — Cf. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, t. I, n° 29 bis.

2. Ricardo, « Essay on the Funding System », dans *Works London*, 1852, Murray, p. 538 et 539.

Ricardo se place dans l'hypothèse d'un pays qui, pour une guerre, doit faire une dépense extraordinaire de 20 millions.

Du point de vue économique, il y a égalité de valeur — en supposant l'intérêt à 5 % — entre le paiement une fois pour toutes de 20 millions, le paiement de un million chaque année à perpétuité et le paiement de 1.200.000 francs par an pendant 45 ans.

Mais Ricardo néglige tous les changements qu'apporte le temps, soit dans la situation de la génération actuelle, soit dans celle des générations futures, par suite des mouvements de la population, de la richesse nationale, des changements de la législation fiscale.

Ricardo néglige d'autre part, ce fait très important que l'impôt est pris sur la partie du revenu destinée aux consommations improductives. C'est un stimulant pour la production tandis que l'emprunt absorbe des capitaux susceptibles d'être employés dans la production des richesses.

L'on peut donc penser que l'emprunt, à la différence de l'impôt est à la charge des générations futures. Et dès lors un problème social se pose : celui de la sauvegarde des intérêts des générations futures. Nous sommes là en présence d'un devoir de morale élémentaire. Recourir au procédé facile de l'emprunt afin de mettre une dépense à la charge de la postérité, c'est la suprême lâcheté.

D'ailleurs, il est légitime pour une génération de faire participer les générations futures à des dépenses qui leur profiteront pour la plus grande part.

Ainsi naissent des principes qui ne sont inscrits dans aucun texte des « nomoi agraphoi », qui déterminent dans quelle mesure équitable, et pour quelles dépenses, la participation des générations futures peut être demandée.

Comme le dit excellemment M. Jèze ¹, il faudra se montrer très difficile sur cette participation. C'est la génération présente qui décide. Les générations futures n'ont presque personne pour les défendre.

1. Jèze, *Cours de Science des Finances*, 1931, p. 235.

L'emprunt doit être absolument exclu pour l'acquittement des dépenses ordinaires normales, qui sont les charges de la génération présente. Celle-ci doit supporter ces dépenses, il serait injuste qu'elle cherchât par l'emprunt, à les rejeter sur les générations futures. L'emprunt peut, en principe, être employé pour les dépenses extraordinaires de placement. Ces dépenses constituent en réalité des sorties de fonds. Il est certain qu'elles profiteront aux générations futures. Il est légitime que celles-ci en supportent la charge en partie. La chose est évidente si la dépense a pour objet l'organisation d'un service exploité industriellement par l'Etat devant aboutir à des prestations de l'Etat, payées par les individus qui les recevront. Il est naturel que le capital d'établissement soit remboursé par les bénéfices de l'exploitation. L'emprunt est le procédé qui rend la chose possible.

Pour les dépenses extraordinaires d'amélioration des services publics, réformes administratives (tribunaux, armée, fortifications, réfection de l'armement, réorganisation de la marine, construction de routes, de digues, parcs et jardins), le recours à l'emprunt est contestable, car chaque génération a le devoir strict d'améliorer les services publics, le patrimoine national, sans en rejeter le fardeau sur les générations futures. Chaque génération n'a pas seulement le devoir de conserver, elle est tenue d'augmenter, d'améliorer.

Reste enfin la question du recours à l'emprunt en temps de guerre. Il est certain qu'au point de vue financier, l'impôt est préférable. Mais les ressources fournies par l'emprunt risquent d'être insuffisantes. La guerre oblige à faire des dépenses énormes en un temps très court. L'emprunt est ici le procédé financier légitime et rationnel de se procurer de l'argent rapidement.

Moralement et juridiquement, il est possible de faire participer les générations futures aux charges de la guerre. En un conflit où le sort même du pays est en jeu, la génération présente qui a le devoir de conserver au péril de sa vie, l'intégrité du territoire d'un peuple libre, a le droit de demander aux générations à venir le

sacrifice de leurs biens. Les mêmes raisons justifient le recours à l'emprunt, pour les besoins de la Défense nationale, en temps de paix.

5° LA PROTECTION DES PERSONNES FUTURES EN DROIT CONSTITUTIONNEL.

Ce paragraphe se subdivise en deux rubriques correspondant à l'évolution politique de la France :

A) *La monarchie et les personnes futures*¹.

Le principe de l'inaliénabilité du Domaine de la Couronne, que nous examinerons plus bas, ne doit pas nous faire oublier un principe voisin mais distinct qui a joué dans le Droit public de l'ancienne France, un rôle considérable, le principe de l'inaliénabilité de la Couronne elle-même.

Dès 1283, avait été affirmée la règle de l'hérédité de la Couronne au profit du fils aîné du roi de France. Jusqu'au début du xv^e siècle, la couronne fut regardée comme héréditaire, et le fils aîné du roi, comme l'héritier de son père, auquel il succédait, dans tous ses droits et dans toutes ses obligations. Mais, à cette époque, les légistes mettent en lumière l'idée que le roi ne pouvait porter atteinte aux droits des successibles futurs à la Couronne de France. Ceux-ci, qu'ils fussent conçus ou non-conçus, lors des actes accomplis au mépris de leurs droits, pouvaient et devaient les tenir pour non avenus.

Cette évolution dans les idées s'accuse vers la fin de la guerre de Cent ans, au moment où le déplorable traité de Troyes (1420) prétendit donner la Couronne de France à Henri V, roi d'Angleterre.

Jean de Terre-Vermeille (Joannes de Terra Rubea) et Jean Juvénal des Ursins, s'inspirant des précédents du Droit romain, soutiennent que le fils aîné du Roi est un héritier NÉCESSAIRE que son père n'a le droit d'écarter,

1. V. Emile Chenon, *Histoire générale du Droit français*, Sirey, 1926, t. I n° 303; t. II, n° 411 et 425, et les auteurs cités.

ni par testament, ni par traité. La dévolution de la Couronne n'est plus *héréditaire*, mais *statutaire*. De l'Hommeau écrira : « Les Rois de France ne sont héritiers de la Couronne et la succession du royaume de France n'est pas héréditaire ni paternelle, mais légale et statutaire, de telle sorte que les rois de France sont simplement successeurs à la Couronne par vertu de la loi et coutume générale de la France ».

Les conséquences de ce principe nouveau étaient les suivantes :

1° Le roi ne pouvait abdiquer. Cependant, François I^{er}, captif à Madrid, et n'espérant pas recouvrer sa liberté, avait, en novembre 1525, donné des ordres pour que le Dauphin Henri fût sacré et couronné.

2° Le roi ne pouvait, par aucun acte entre vifs ou testamentaire, disposer de sa couronne, ou changer l'ordre de succession au trône.

3° Un prince du sang ne pouvait pas renoncer d'avance à la Couronne. Aucun auteur français n'a considéré comme valable la renonciation au trône de France de Philippe V, roi d'Espagne, renonciation que l'Angleterre avait tenu à faire insérer dans le traité d'Utrecht.

La renonciation de Philippe V avait été cependant accompagnée de l'agrément de son aïeul Louis XIV, et enregistrée par le Parlement de Paris.

4° Le nouveau roi, n'étant pas l'héritier de ses prédécesseurs n'était pas tenu de leurs obligations, par conséquent pas tenu de payer leurs dettes personnelles, à moins qu'elles n'aient été « réalisées au royaume », ni même les arrérages des emprunts effectués par eux. On dut apporter à cette règle les tempéraments nécessaires ¹.

B) *La Démocratie et les personnes futures.*

Certaines règles de notre Droit public ont pour objet de sauvegarder les intérêts politiques des générations futures. Ce but est difficile à atteindre d'une manière

1. Chénou, *op. cit.*, *ibidem*.

positive. Mais il est loisible de le réaliser d'une manière en quelque sorte négative. Les générations à venir doivent choisir librement leur destin. Il suffira pour cela de leur réserver la possibilité d'une décision libre.

La génération présente a le devoir politique de ne pas empiéter sur les pouvoirs de la génération à venir.

La règle de l'inaliénabilité de la souveraineté nationale correspond justement à cette obligation¹. Cette règle a été mise en lumière par Bodin puis par Rousseau. Rousseau s'est dressé contre l'Ecole du Droit de la Nature, qui soutenait que le peuple souverain avait pu valablement aliéner sa souveraineté à un monarque absolu et héréditaire. Rousseau identifie la souveraineté avec la volonté générale. Or, la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner. Le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté. Le Souverain peut bien dire : « Je veux actuellement ce que veut tel homme, ou du moins ce qu'il dit vouloir, mais il ne peut pas dire : ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore »². Le Souverain ne peut surtout pas dire : « Ce que voudront les hommes de demain, je le voudrai encore ».

Comme l'a dit si bien M. Esmein, on n'aliène que ce qui nous appartient. Or, la souveraineté nationale n'appartient pas en propriété à la génération présente, qui en a le libre exercice, mais simplement l'exercice. Elle appartient à la Nation incarnée dans l'Etat, c'est-à-dire à la série des générations successives. Elle appartient aux hommes de demain comme aux hommes d'aujourd'hui. C'est un dépôt sacré que les générations se transmettent l'une à l'autre.

Les Constitutions Révolutionnaires n'ont pas manqué de consacrer ce principe nouveau. Les constitutions de 1791 et de 1848 déclarent expressément que la souveraineté est une, indivisible, inaliénable, et imprescriptible.

La Souveraineté nationale doit donc être transmise

1. Esmein, *Éléments de Droit constitutionnel*, t. I, p. 320.

2. Rousseau, *Contrat Social*, livre II, ch. I.

intacte et absolue aux générations futures, sans que les hommes d'aujourd'hui aient pu en distraire la moindre parcelle.

*
**

La conséquence logique de cette idée est la suivante : la génération présente ne saurait imposer sa volonté légale à la génération à venir. Dès lors, l'abrogation d'une loi, d'un règlement est possible à tout instant ¹.

Il serait inadmissible, en Droit et en Politique, de vouloir enfermer les générations à venir dans des institutions politiques et sociales qui peuvent ne plus être en harmonie avec les tendances et les nécessités de l'heure. Ce serait rendre légitime un ultime recours à la violence.

La Constitution de 1791 consacra expressément ces principes « L'Assemblée nationale déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution ». La Constitution de 1793, article 28, donne une formule encore plus explicite : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution ; une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».

Les hommes de la Révolution ont d'ailleurs édicté parfois des règles qui étaient peu en accord avec ces principes. Ainsi la loi des 16-24 août 1790, article 1^{er}, titre I, dispose que « l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ».

Il est certain que cette interdiction faite aux législateurs n'a aucune valeur juridique. Il en est de même de toutes les interdictions formulées par quelque autorité que ce soit de modifier la règle de droit avant une certaine époque. On ne saurait y voir que de simples conseils donnés aux législateurs futurs.

1. Gaston Jèze, *La technique juridique*, Ch. VI. Section 1.. *Du retrait de l'acte législatif*.

Les exemples les plus connus sont les promesses générales d'exemption d'un impôt. En droit, cette promesse ne lie pas les Parlements ultérieurs mais il est cependant de bonne politique de respecter les engagements pris.

Le 20 mai 1908, à la Chambre des Députés, au cours d'un débat sur l'immunité fiscale de la rente française, M. Caillaux s'exprimait en ces termes : « Les raisons juridiques ne sauraient nous enlever le droit de modifier une loi votée il y a plus de cent ans. La Souveraineté de la Nation est inaliénable. Le législateur de l'an VI n'avait aucun droit d'aliéner son droit d'imposition qui n'est que l'un des attributs de la souveraineté ». En décembre 1913, M. Caillaux déclarait encore : « Je vous demande surtout de ne pas vous lier, et de ne pas consentir à un démembrement de la souveraineté, sans valeur juridique. Conservez votre liberté, ne laissez mettre aucune hypothèque sur l'action fiscale de la Chambre ».

Le Gouvernement, qui soutenait la thèse contraire, ayant posé la question de confiance, fut battu par 290 voix contre 165.

Le 1^{er} février 1917, le Parlement français a eu à apprécier la valeur juridique de la promesse légale d'exonération du service militaire dont bénéficiaient les engagés spéciaux aux termes d'une loi antérieure.

La Chambre adoptant l'amendement de M. Ignace, député, décida qu'elle n'était nullement tenue de maintenir au profit d'une catégorie de citoyens un privilège qui les affranchissait des obligations résultant d'une loi nouvelle.

Ainsi se trouve assurée la liberté politique des générations futures. Mais cette liberté doit se concilier avec le respect de principe qui s'attache aux institutions établies. Il est préférable, en effet, que les êtres à venir ne puissent bouleverser, en l'espace d'un matin, l'œuvre séculaire des générations passées.

L'on aperçoit dès lors l'utilité des constitutions « rigides ». Elles sont un frein nécessaire à la volonté d'indépendance des générations futures. L'histoire politique

montre toutefois qu'il ne faut pas abuser de ces procédures compliquées. En France, pendant la Révolution, les procédures formalistes de revision constitutionnelle ont fait plus de mal que de bien.

La loi constitutionnelle française du 14 août 1884 contient un article 2 ainsi rédigé : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision ». Ce texte ne signifie pas que la forme républicaine est perpétuelle en France. Mais simplement qu'un acte ordinaire du Parlement puisse la changer. Il faudrait une décision conforme d'une Assemblée constituante¹.

Mais ces exigences de procédure ne portent nullement atteinte au principe que nous avons énoncé : les générations à venir peuvent librement choisir leur destin.



Ce principe de l'inaliénabilité de la souveraineté reparaît dans certaines dispositions légales relatives à la nationalité des personnes futures. La chose n'est pas étonnante si l'on songe qu'une loi de nationalité est au fond une loi de souveraineté².

La loi détermine d'une manière impérative les cas d'acquisition de la nationalité française. Et son empire s'étend sur l'avenir. La nationalité des personnes futures résulte donc des lois en vigueur dans le présent. Le problème paraît donc d'une simplicité extrême, il ne se pose même pas. Mais il convient de pousser plus loin l'analyse interne des dispositions de la loi. La loi se doit en disposant pour l'avenir de respecter la liberté des personnes futures, et ne pas leur imposer un changement de nationalité qu'elles ne peuvent pas avoir voulu.

Dans son livre profond, *Le pouvoir juridique sur ce qui est au delà de la vie*, M. Alcala Zamora, a critiqué

1. Jèze, *ibidem*.

2. C'est la raison pour laquelle, nous avons placé dans le présent titre l'examen de cette matière de la nationalité qui ressortit normalement au Droit international *privé*.

le principe des cessions territoriales et des annexions, en ce qu'elles entraîneraient un changement de nationalité pour les générations à venir. Comment les hommes d'aujourd'hui pourraient-ils lier la chaîne infinie des générations à venir ?

Mais il y a plus que cela : il convient de critiquer certaines applications extrêmes du *jus soli*, en matière de nationalité. Le fait de la naissance sur un territoire donné est un fait de l'homme. Il est parfois le résultat d'un simple concours de circonstances. Dès lors, celui qui naît sur un territoire étranger ne saurait avoir une nationalité différente de celle de son auteur. Comment le fait d'un seul pourrait-il obliger toute une descendance ? Comment méconnaître cette juste prééminence du *jus sanguinis*, si généralement admise parmi les nations latines ?

Il y a là une impossibilité morale qui justifie le principe des options de nationalité. La loi autorise les personnes futures à invoquer la nationalité de leur auteur nonobstant certains faits juridiques antérieurs à leur naissance. L'on remarque aisément que dans ces cas un intérêt futur est seul en cause.

La loi française sur la nationalité, du 10 août 1927¹ a admis des cas d'option dont nous allons parler pour illustrer les idées que nous avons indiquées.

L'article 2 de la loi vise deux cas prévus par la législation antérieure telle qu'elle résultait du Code civil remanié par les lois du 26 juin 1889 et du 22 juillet 1893 : celui de l'enfant légitime né en France d'une mère étrangère qui y est elle-même née et celui de l'enfant naturel né en France de parents étrangers, lorsque le parent qui est lui-même né en France n'est pas celui dont il devrait suivre la nationalité.

Les individus dont il s'agit dans ces deux cas sont Français dès leur naissance mais peuvent répudier cette qualité dans l'année qui suit leur majorité telle qu'elle est réglée par la loi française.

1. D. P. 1928.4.1.

La faculté de répudier la qualité de Français dans l'année qui suit la majorité cesse dans trois cas dont le premier est une innovation et les deux autres sont des modifications du Droit antérieur. Le premier se produit lorsqu'au cours de la minorité, le père ou la mère survivant de l'enfant légitime, le parent survivant de l'enfant naturel, ou le parent dont ce dernier suit la nationalité ont été naturalisés ou réintégrés. Le second cas est celui d'une renonciation expresse et anticipée à la faculté de répudiation. Le troisième cas est celui du mineur qui a participé volontairement aux opérations de recrutement, en conformité des dispositions des lois militaires.

D'autre part, la répudiation n'est possible que si l'intéressé a conservé la nationalité de ses parents et s'il a répondu à l'appel sous les drapeaux dans le pays étranger.

Les effets de la répudiation ne se produisent que pour l'avenir. Le déclarant *cesse* d'être Français.

On ne peut donner la nationalité française à tout enfant étranger par cela seul qu'il naît en France. Cette extension du *jus soli* serait tout à fait exagérée. Mais l'enfant né en France possède avec notre pays une certaine attache qui jointe à d'autres éléments peut devenir tout de même suffisante pour qu'on lui donne la nationalité française, sans toutefois que l'acquisition de cette nationalité soit obligatoire pour lui.

L'article 4 de la loi s'exprime en ces termes : « Devient Français, à l'âge de 21 ans, s'il est domicilié en France tout individu né en France d'un étranger, à moins que dans l'année qui suit sa majorité, il n'ait décliné la qualité de Français en se conformant aux prescriptions de l'article 2. » Cet article est la reproduction de l'article 8, n°4 du Code civil (loi du 26 juin 1889).

La loi pose trois conditions pour l'acquisition de la nationalité française : la naissance en France, des parents étrangers et n'étant pas nés en France, le domicile en France à 21 ans.

L'enfant acquiert de plein droit la nationalité française, mais sans aucune rétroactivité. Mais il n'est pas Français définitivement; il peut de 21 à 22 ans répudier la qualité de Français.

Dans tous ces cas, nous retrouvons un élément commun : le souci de sauvegarder la liberté des personnes futures, et de leur accorder la faculté de *choisir* la nationalité qui leur convient, dans la mesure où le leur permettent les faits juridiques accomplis antérieurement à leur naissance.

La loi du 10 août 1927 (art. 6, 3^e)¹ va même plus loin puisqu'elle permet la naturalisation sans condition d'âge ou de stage, pourvu qu'ils soient domiciliés en France, des descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'Edit de Nantes. Ainsi, la loi autorise des étrangers à faire revivre la qualité de Français qui appartenait quelques siècles avant leur naissance à leurs lointains auteurs.

Il faut rapprocher de ces solutions, les cas de réclamation de nationalité française accordée aux Alsaciens-Lorrains, par le traité de Versailles².

Le traité énumère ceux qui pourront bénéficier de cette faveur : ce sont les individus rattachés à l'Alsace-Lorraine par un lien du sang, un lien du sol ou par un lien matrimonial. L'acquisition de la nationalité française se fait rétroactivement au 11 novembre 1918.

Certes, la faculté d'option n'est pas accordée aux descendants. On ne peut dire dès lors que le traité sauvegarde la liberté des êtres à venir. Mais il permet aux êtres présents d'invoquer des faits juridiques antérieurs à leur conception, et de faire revivre la nationalité française que leurs auteurs avaient avant le traité de Francfort.

*
**

Signalons ici qu'en matière de nom patronymique, des dispositions légales intervenues après la guerre de 1914-

1. Texte modifié par la loi du 25 juin 1937, *Gaz. Pal.* 1937.2.1012.

2. Niboyet, *Traité de Droit international privé*, p. 279.

1918, ont créé certaines facultés au profit exclusif des personnes présentes, alors que normalement les personnes futures n'eussent pas dû en être privées.

Ainsi la loi du 2 juillet 1923¹ a eu pour but de perpétuer le nom des Français qui sont morts pour la patrie, en permettant à leurs parents les plus proches d'ajouter leur nom au leur.

Mais ce privilège est réservé aux parents qui étaient vivants au jour du décès de leur parent mort pour la France.

Faisant application de ces principes, un arrêt de la Cour d'Amiens du 2 mars 1937² a décidé que le relèvement du nom n'était pas possible pour un demandeur né en 1911, alors que son parent était décédé pendant la guerre de 1870, puisqu'il n'était à cette époque ni né ni conçu.



Un dernier point pour terminer : une règle fort importante du Droit administratif français, que l'on retrouve d'ailleurs dans les législations étrangères se rattache à la protection politique des personnes futures. Il s'agit du principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du Domaine public.

Les dépendances du Domaine public sont inaliénables et imprescriptibles à raison de leur destination d'utilité publique et tant que dure leur affectation³. La règle de l'inaliénabilité remonte au principe de l'inaliénabilité du Domaine de la Couronne posé par l'ordonnance de Moulins en 1566. La règle de l'imprescriptibilité rend toujours possible l'action en revendication domaniale et l'action négatoire de servitude.

On s'apercevra aisément d'une chose, c'est que ce principe de Droit administratif est destiné à protéger l'intérêt des êtres à venir. L'acte par lequel une administration

1. V. *Dalloz Rép. prat., Suppl.*, V^o Nom, n^o 117. 2^o.

2. *Gaz. Pal.* 1937.1.829.

3. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, p. 791 et suiv.

de l'Etat céderait une dépendance du Domaine public serait entaché de nullité absolue. On n'aliène, en effet, que ce qui vous appartient. Or, le Domaine public n'appartient pas en propre à la génération présente qui en a simplement l'usage. Il appartient à l'Etat en qui s'incarne la chaîne des générations à venir.

Certes, la génération présente peut par l'organe de ses représentants légaux décider que telle dépendance du Domaine public cessera d'être affectée aux besoins du public.

Mais cette « désaffectation » sera toujours provisoire et la génération future pourra revenir sur cette décision. Un décret portant expropriation pour cause d'utilité publique sera cependant nécessaire.

Ces quelques exemples nous montrent comment est assurée en Droit public la protection des personnes futures. Ces règles du Droit public sont des règles *fermes* et non pas conditionnelles, puisque l'on peut tabler avec certitude sur la venue des générations futures.

Des principes différents régissent le Droit privé où nous allons voir apparaître des personnes futures isolées, dont l'existence est dès lors tout à fait incertaine. La notion de droit éventuel va maintenant prendre tout son sens.

TITRE II

LES PERSONNES FUTURES EN DROIT PRIVÉ

A l'égard des non-conçus, le Code civil s'est exprimé en ces termes :

« Art. 725. — Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder : 1° Celui qui n'est pas encore conçu...

» Art. 906. — Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. »

Les commentateurs du Code civil ont déduit de ces articles le principe que les êtres à venir sont frappés d'une incapacité de jouissance absolue. D'après eux, une personne physique ne saurait acquérir un droit en vertu d'un acte juridique antérieur à sa conception.

Le Droit romain et l'ancien Droit avaient cependant admis des solutions plus libérales. Le mérite de la Doctrine et de la Jurisprudence modernes a été de renouer le fil de cette tradition que le Code civil semblait avoir méconnue.

La condition juridique des personnes futures en Droit français est ainsi passée par trois phases que nous allons retrouver au cours de cette étude.

Après une brève incursion dans le Droit romain et l'ancien Droit, nous étudierons le système du Code civil, pour terminer par la théorie moderne des personnes futures.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT ROMAIN ET L'ANCIEN DROIT

Section I. — Le Droit Romain.

L'incapacité des personnes futures serait sans doute assez conforme à l'esprit du Droit romain, ami des réalités concrètes. Les êtres à venir sont, en effet, de pures abstractions, des personnes imaginaires.

Les jurisconsultes romains ont fait cependant preuve en la matière d'une grande compréhension d'esprit. Il y a une parenté intime entre la réglementation du sujet et celle de l'objet du Droit. Ce sont là les éléments essentiels de tout rapport juridique. Or, le Droit romain a toujours admis qu'un contrat pouvait avoir un objet futur. Cette solution est maintes fois rappelée en matière de vente, de stipulation pour autrui, d'hypothèque, de donations et de legs¹.

Certes, pour la réglementation du sujet, les jurisconsultes romains n'ont jamais pensé qu'un contrat pouvait être conclu entre une personne actuellement existante et une personne future. La chose eût été pratiquement et juridiquement impossible. D'autre part, il n'a pas été admis non plus qu'un individu puisse recueillir une hérédité ouverte antérieurement à sa conception, pour la raison bien simple qu'on ne saurait laisser en suspens la propriété des biens. Le Droit romain a sans doute

1. *Vente* : L. 8 D., livre 18, titre I, *de contr. emp.* ; L. 21 D., livre 19, titre I, *de actio empt.* — *Stipulation* : Gaius, III, 97. — *Hypothèque*, L. 15 D., livre 20, titre I, *de pignorigibus*. — *Donations* : L. 3, Code, livre 8, titre 54, *de donationibus*. — *Legs* : L. 24 D., livre 30, *de legatis*, 1^o ; L. 17 D., livre 32, *de legatis*, 2^o.

édicte des dispositions de faveur à l'égard des posthumes, mais en Droit romain, le posthume était celui qui était déjà conçu au moment de la mort du testateur.

Pourtant ces règles recevaient des exceptions assez nombreuses dans deux séries de cas, qui correspondent à la dualité de la notion de personne future en Droit romain.

La personne future, avons-nous dit, est celle qui n'est pas *conçue* au moment où se produit un fait ou un acte juridique. Il n'en était pas de même à Rome. L'organisation de la cité et de la famille antiques faisait que certains individus se voyaient refuser la personnalité juridique bien qu'ils aient l'existence de fait : c'était le cas de l'esclave et du fils de famille. Seuls l'affranchissement et l'émancipation leur faisaient acquérir *l'existence de droit*.

À Rome, dès lors, la personne future est celle qui n'a pas l'existence de fait ou de droit au moment où s'accomplit un fait ou un acte juridique. La notion de personne future se dédouble : le Droit romain a connu des personnes futures de fait et des personnes futures de droit. Le problème se pose alors de savoir si un individu peut acquérir un droit en vertu d'un acte juridique antérieur à sa conception ou à l'acquisition par lui de la personnalité juridique.

Nous étudierons successivement la condition des personnes futures de droit et de fait.

§ 1. — LES PERSONNES FUTURES DE DROIT.

Si on stipulait purement et simplement au profit d'un esclave ou d'un fils de famille, le droit issu de cette stipulation était acquis non point à l'esclave ou au fils mais au *dominus* ou au *paterfamilias*. Ce résultat pouvait ne pas être conforme à la volonté du stipulant.

Les jurisconsultes ont eu alors à se demander si l'on pouvait stipuler dans l'intérêt *personnel* du fils ou de l'esclave pour l'époque où ceux-ci acquerraient une personnalité indépendante. La solution affirmative fut admise sans difficultés.

Les clauses d'affranchissement, si fréquentes dans les testaments n'auraient eu aucune portée juridique, si l'on n'avait pu stipuler qu'en faveur de personnes déjà existantes au moment du contrat ¹. En droit, en effet, l'esclave n'existait pas, et il lui était dès lors impossible d'emprunter, ne fût-ce qu'un instant la personnalité de son maître pour acquérir un droit contre lui.

Un texte du *Digeste* autorise même le testateur à laisser à l'esclave la liberté pour l'époque où les lois permettront son affranchissement ² : « *Libertas testamento servo ita dari potest : cum per leges licebit, liber esto.* »

On pouvait également stipuler en faveur de l'esclave un droit pour le jour où il deviendrait libre : « *Cum liber erit.* » ³ On pouvait enfin adresser au futur affranchi un fideicommiss d'hérédité et un fideicommiss particulier ⁴. On pouvait de même lui conférer une tutelle testamentaire ⁵.

Les Romains ont admis de la même façon les stipulations au profit du fils de famille pour l'époque où il deviendrait *sui juris*. La condition « *si emancipatus fuerit* » eut la même fonction juridique que la condition « *cum liber erit* ».

L'enfant *alieni juris* pouvait ainsi être institué héritier sous condition d'émancipation ⁶. Les jurisconsultes ont admis la validité de ces clauses. Ils les interprétaient avec un esprit fort libéral, puisqu'ils assimilaient à l'émancipation les événements susceptibles de rendre l'héritier *sui juris*, comme la mort du *paterfamilias* par exemple ⁷. Ils arrivèrent même à la sous-entendre lorsque les termes employés par le testateur ne laissaient aucun doute sur ses intentions ⁸.

1. L. 1 et 2, Code livre 4, titre 14; L. 1, § 4 D., livre 21, titre 3; L. 21, § 1 D., livre 16, titre 3.

2. Loi 38 D., livre 40, titre 4.

3. L. 4 D., livre 4, titre 5; L. 8, Code livre 6, titre 42.

4. L. 11, § 2 D., livre 36, titre 1, *Senat C. Trebell.*

5. L. 10, § 4 D., livre 26, titre 2.

6. L. 77 D., livre 3, titre 1.

7. L. 3, C., livre 6, titre 25, *De inst. et subst.*

8. L. 15 C., livre 6, titre 42, *De fideicommissis.*

On pouvait également adresser des legs à des fils de famille, sous condition d'émancipation¹. Gaius et Servius décident que l'on peut valablement laisser un legs à celui qui est sous la « *potestas* » de l'héritier institué à condition que le légataire sortirait de la puissance paternelle.

Bien plus, ainsi que M. Edouard Lambert l'a brillamment démontré², les stipulations au profit des fils de famille pour l'époque où ils acquerront une personnalité juridique indépendante ont été fréquemment usitées dans certains contrats entre vifs, dans les constitutions de dot notamment³.

Africain⁴, au *Digeste* admet la validité de la stipulation suivante : « En cas de prédécès de la fille dotée, une partie de la dot reviendra aux fils du constituant, actuellement en puissance, et pour le jour où sa mort en fera des *sui juris*. Pater cum filiae suae nomine dotem daret pactus est ut mortua filia uno pluribusve liberis superstitibus deducta parte tertia, reliqua dos sibi, aut post mortem suam illi aut filiis illis quos in potestate habebat reddatur. »

Un texte analogue de Marcellus déclare valable la donation faite par une femme à son mari, à charge de restitution au fils pour le jour où la mort de son père le rendra *sui juris*⁵.

Les jurisconsultes romains allèrent même jusqu'à admettre la validité d'une donation faite par le *paterfamilias* à son fils en puissance, assortie de la même condition⁶.

Ainsi les jurisconsultes romains n'ont pas pensé que l'inexistence de droit fut une cause d'incapacité de jouis-

1. L. 15 D., livre 36, titre 2, *quando dies legati*; L. 11, § 11 D., livre 32. *De legatis*, 3°.

2. Edouard Lambert, *La stipulation pour autrui (Droit romain)*, p. 216 et suiv.

3. L. 26, *Code de jure dotium*, livre 5, titre 12.

4. L. 23 D., livre 23, titre 4.

5. L. 49 D., livre 24, titre 1, *De donationibus inter virum et uxorem*.

6. L. 49 D., livre 24, titre 1; L. 17, *Code*, livre 8, titre 54.

sance. Voilà un excellent argument en faveur de la capacité juridique des personnes futures.

On pourrait objecter cependant que le fils de famille et l'esclave ont au moins une existence naturelle qui rend légitime et possible l'acquisition de droits en vertu d'actes antérieurs à l'obtention par eux de la personnalité juridique. L'on ne saurait dès lors assimiler absolument personnes futures de droit et personnes futures de fait. Nous le pensons aussi.

Nous préférons mettre en lumière le fait que le Droit romain a accordé une capacité de jouissance limitée mais certaine aux personnes futures dans le sens moderne du mot.

§ 2. — LES PERSONNES FUTURES DE FAIT

Signalons d'abord un texte de Paul commentant Julien, relatif à la succession de l'affranchi. « Paulus respondit nepotem etiam post mortem avi conceptum, superstitem liberto bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse et ad hereditatem legitimam ejus admitti ¹. »

Le père a été exhéredé par l'aïeul; le petit-fils ne l'a été ni par l'un ni par l'autre, et a été émancipé. Il pourra du vivant même de son père réclamer la succession des affranchis de l'aïeul, même s'il n'était pas conçu lors du décès de son aïeul, auteur de l'affranchissement.

Le petit-fils retire de cet affranchissement un droit, quoiqu'il ne fût point conçu à cette époque, et bien qu'il n'hérite pas de l'aïeul.

L'incapacité des non-conçus a été également écartée lorsque les enfants à naître n'étaient pas institués directement, et « étaient appelés à recueillir une succession dévolue à leur auteur, mais qui sans la stipulation insérée à leur profit dans le testament eût été transmise à

1. L. 47, § 3 D., livre 38, titre 2; Commentaire de Terentius Clemens, L. 38 D., *eodem titulo*.

la mort de leur père non point à eux, ses héritiers, mais à un fidéicommissaire »¹.

Les enfants à naître étaient ainsi non pas *in dispositione* mais *in conditione*². La libéralité adressée au fidéicommissaire était en effet subordonnée à la condition que le principal institué décéderait sans enfants : « Si sine liberis decessisset. »

Grâce à cette clause, l'institution profitait aux enfants de l'institué, qui pouvaient n'avoir été conçus qu'à une époque bien postérieure au décès du testateur.

Sous le terme de *liberi*, il fallait entendre d'ailleurs les enfants et les petits-enfants nés ou conçus au moment du décès de l'institué.

Nous trouvons dans le *fidéicommiss fait à la famille* une autre application des mêmes principes. Le testateur impose à l'institué l'obligation de conserver tel ou tel bien de famille³. Si l'institué aliénait ce bien rendu indisponible entre ses mains, chacun des membres de la famille pouvait réclamer le fonds ainsi grevé de fidéicommiss.

Le droit au fidéicommiss est conféré même à ceux qui n'ont été conçus que longtemps après le décès du testateur.

Il est même donné à des individus qui n'ont acquis une personnalité juridique qu'après le décès du disposant : le mot *familia* englobe en effet les affranchis du *de cujus* et ceux de ses héritiers. Le fidéicommiss fait à la famille pourra, d'après Papinien être invoqué par les esclaves auxquels le testateur a laissé la liberté par fidéicommiss⁴. Cette institution permet de constater que le Droit romain a reconnu une égale capacité juridique aux personnes futures de fait et de droit.

On pouvait également adresser un *fidéicommiss d'hé-*

1. Lambert, *Stipulation pour autrui. Droit romain*, § 217.

2. L. 22, § 4, 32, 33; 77, § 1; 78, § 4 et 5; D., livre 36, titre 1, *Sen. Cons. Trebell.*; L. 21, Code, livre 6, titre 42, *De fidei commissis*; L. 11, Code, livre 2, titre 4.

3. L. 39, § 3 D., livre 31, *de legatis*, 2^o.

4. L. 77, § 11 D., livre 31, *de legatis*, 2^o.

réité aux enfants de l'héritier et à leurs descendants, qu'ils aient ou non été conçus après la mort du testateur. Ainsi, une loi au *Digeste* cite le fidéicommiss suivant : « Rogo filia bona tua quandoque distribuas liberis tuis ut quisque de te meruerit. Videtur omnibus liberis etsi non aequaliter promeruerit fideicommissum relictum. »¹ Aux termes de ce texte, le père charge sa fille de restituer sa succession à ceux de ses enfants qui n'auront point démérité d'elle. Le fidéicommiss est fait au profit de tous les enfants. On pourra de même stipuler au profit de personnes futures non conçues dans un acte entre vifs. L'authentique *hae res* vise les libéralités que se font les futurs époux au moment du mariage et décide que les enfants à naître en profiteront alors même qu'ils ne seraient héritiers ni de leur père ni de leur mère².

Les constitutions de dot pouvaient contenir des stipulations analogues. Ainsi, la femme apportant une dot peut stipuler qu'au cas où le mariage se dissoudrait par la mort, la dot serait restituée aux fils communs. Les bénéficiaires sont ici les enfants à naître du mariage³.

L'empereur Gordien estima que cette stipulation ne saurait donner *de plano* une action aux tiers bénéficiaires, elle peut simplement servir de cause à un nouvel engagement civil.

Dans l'hypothèse identique citée par la loi 7, du même titre, l'empereur Dioclétien accorde une action utile. Dans les deux cas d'ailleurs se trouve sous-entendue la condition « cum emancipati fuerint ».

Ainsi donc, les personnes futures de fait et de droit n'ont nullement été frappées par les jurisconsultes romains d'une incapacité absolue. A Rome, en règle générale, une personne pouvait acquérir un droit en vertu d'actes juridiques antérieurs à sa conception ou à l'acquisition par elle de la personnalité civile.

1. L. 77, § 25 D., livre 31, *de legatis*, 3°.

2. L. 5, Code *de secundis nuptiis*, livre 5, titre 9.

3. L. 4, Code *pactis conventis*, livre 5, titre 14.

Section II. — L'Ancien Droit.

A l'égard des non-conçus, les juristes de l'ancienne France ont adopté des solutions audacieuses, mais à l'excès car elles devaient amener la réaction brutale du Code civil.

Cette réaction s'est dessinée d'ailleurs bien avant la promulgation du Code. Des arrêts de principe du Parlement de Paris, certaines dispositions des grandes Ordonnances frappèrent d'une incapacité absolue les personnes futures en matière de successions *ab intestat* et de libéralités directes. Toutefois, leur capacité demeura incontestée en matière de libéralités indirectes et de stipulation pour autrui.

Tels sont les différents points que nous allons maintenant développer.

§ 1.

Le principe de l'exclusion des non-conçus, en matière de successions *ab intestat* n'a pas triomphé sans peine. Les auteurs voyaient dans cette exclusion une conséquence logique de la règle « le mort saisit le vif », formulée par l'article 318 de la Coutume de Paris, et que l'on retrouve d'ailleurs dans toutes les coutumes de l'ancienne France.

Ceux qui sont habiles à succéder au temps du décès se trouvent « saisis » et excluent tous ceux qui ne seraient point encore nés en ce temps. L'exclusion des personnes futures était ainsi basée sur le respect des droits acquis¹.

Pothier² traitant de l'existence nécessaire pour succé-

1. Auroux des Pommiers, sur l'art. 299 de la Coutume de Bourbonnais. — Adrien Maillart, art. 90 de la Coutume d'Artois, au mot « le vif ». — Cf. Jean de la Villette, art. 168, Coutume de Péronne, au mot « le vif ». — Le Caron, art. 168 Coutume de Péronne. — Chabrol, art. 1^{er}, ch. 2, Coutume d'Auvergne. — Taisant, art. 1^{er}, t. 7, Coutume de Bourgogne. — Valin, art. 56, Coutume de La Rochelle, n° 21.

2. Pothier, *Œuvres*, t. VIII, p. 7.

der rappelle la règle « le mort saisit le vif », et il ajoute : « Si une personne lors de sa mort avait un fils et des cousins, que ce fils ait renoncé à la succession, qu'un an après la mort du défunt il soit né de ce fils un enfant pour lequel on réclame la succession de son aïeul qui s'est, depuis, manifestée être avantageuse par l'arrivée d'un vaisseau sur lequel le défunt avait un gros intérêt et qu'on croyait perdu, ce petit-fils ne sera point recevable dans la demande qu'il fait de la succession de son aïeul, il n'était point capable de lui succéder ; les cousins du défunt par la renonciation du fils sont censés avoir été saisis de la succession, dès l'instant de la mort du défunt.

Nous avons cité tout au long ce texte de Pothier, parce que dans le style élégant et solide de l'époque, il indique bien comment se présentaient en pratique les procès relatifs aux personnes futures.

Il y avait une liaison si intime entre la règle « le mort saisit le vif » et l'incapacité des personnes futures qu'on hésita longtemps à maintenir cette incapacité lorsque cette règle n'était plus en cause. Ne devait-on pas admettre par exemple que le petit-fils conçu après la mort de son aïeul était habile à succéder lorsque dans le temps de la conception, la succession de l'aïeul était encore vacante.

Sur ce point, la jurisprudence des Parlements a longtemps varié, en fonction des divergences légères ou profondes pouvant exister entre les diverses Coutumes de la France.



Le Parlement de Normandie admettait que le seul obstacle qui s'opposât à l'admission des non-conçus était la règle « le mort saisit le vif ». Or, la saisine reconnue à l'héritier par la coutume de Normandie n'était pas aussi absolue et aussi étendue que dans les autres coutumes.

D'une part, dans un esprit de défaveur pour le bénéfice d'inventaire, la succession n'était dévolue à un héritier bénéficiaire qu'à défaut d'héritier pur et simple.

L'héritier bénéficiaire n'était donc pas définitivement saisi : il pouvait être à tout instant exclu par un héritier pur et simple même conçu postérieurement à l'ouverture de la succession. Des arrêts des 30 juillet 1610¹ et 29 janvier 1616² ont été rendus en ce sens.

Un autre arrêt rendu le 10 mai 1618 par le Parlement de Normandie a également appliqué en faveur des petits-fils conçus après le décès de l'aïeul la règle qui excluait les femmes de la succession tant qu'il y avait des mâles³.

Mais surtout, une certaine interprétation de la coutume de Normandie faisait que les successions restaient fort souvent vacantes. L'article 235 s'exprime, en effet, en ces termes : « Le mort saisit le vif, sans aucun ministère de fait, et *doit* le plus prochain habile à succéder déclarer en Justice dans les quarante jours après la succession échue, s'il entend y renoncer ».

Basnage, dans son commentaire de l'article, déclare que si l'héritier observe le silence pendant ce délai, la succession est regardée comme vacante. « Ainsi, le véritable sens de cet article est que le mort saisit le vif pourvu que dans les quarante jours, il accepte la succession. La coutume d'Anjou s'en est mieux expliquée, article 278, car après avoir disposé que le mort faisait le vif son plus proche héritier dans l'an et jour du décès du défunt, et si les successeurs laissent passer l'an et jour sans appréhension de fait et détention de leurs portions, *ils n'en sont plus saisis*, mais il convient qu'ils y viennent par action »⁴. Denisart interprète l'article de la même façon.

La vacance de la succession faisait normalement écarter la règle « le mort saisit le vif ». Le petit-fils conçu après le décès de l'aïeul pouvait dès lors réclamer à tout

1. Henri Basnage, *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, sous l'art. 235.

2. Berault, *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, sous l'art. 90.

3. Berault, *ibidem*.

4. Basnage, *ibidem*, art. 235, p. 358 et 359. — Cf. Flaust, *Explication de la Coutume de Normandie*, titre I, ch. 1.

instant la succession demeurée vacante et évincer un parent plus éloigné qui se serait mis en possession de la succession.

La Jurisprudence du Parlement de Normandie était dans ce sens. L'arrêt Maigret que rapporte Basnage est à cet égard significatif. « Maigret était appelant d'une sentence qui le déclarait non recevable à appeler et à se porter héritier de son aïeul dont la succession n'avait pas été acceptée par son père et qui avait été saisie réellement par les créanciers de son aïeul et adjugée par décret. Il se maintenait capable de prendre la succession de son aïeul et que par conséquent il était recevable à appeler du décrêt quoiqu'il n'y eut aucuns biens ». L'adjudicataire des biens vendus par décret répondait que Maigret n'était né ni conçu lors de l'échéance de la succession de son aïeul, que « le mort saisit le vif », ce qui ne pouvait être appliqué à Maigret qui « nondum erat in rerum natura ». Par arrêt du 4 mars 1608, Maigret fut reçu appelant du décrêt comme héritier de son aïeul. *La succession étant encore jacente* pouvait être prise par l'« héritier ab intestat ».

Un arrêt du Parlement de Rouen du 13 février 1636 confirma cette jurisprudence et cette interprétation de l'article 235 de la Coutume.

La même question s'étant présentée devant le Parlement de Paris, pour une succession ouverte dans le ressort de la Coutume de Normandie, fut tranchée dans le même sens en application de l'article 235 par un arrêt du 29 août 1727.

Pour l'héritier qui gardait le silence pendant les quarante jours du décès, cette perte de la saisine était d'ailleurs définitive. Selon Basnage, l'héritier qui a perdu la saisine ne peut, après la naissance d'un parent plus habile à succéder quoique conçu postérieurement au décès, se saisir de la succession pendant les quarante jours qui sont donnés à ce nouvel héritier pour accepter.

Le Parlement de Toulouse ¹ suivit jusqu'à une époque

1. Merlin, *Répertoire*, V^o *Succession*, p. 660.

assez récente une jurisprudence semblable à celle du Parlement de Normandie. Par un arrêt du 14 août 1725, une certaine demoiselle Anne Martin, plaidant contre les créanciers de son père, fut reçue à accepter la succession vacante de son aïeul, décédé plusieurs années avant sa conception.

Claude de Serres¹, dans son commentaire de l'arrêt, approuve cette décision. D'après lui, la Nouvelle 118 a abrogé toutes les lois du Digeste et du Code qui traitaient des successions. Dès lors, on ne saurait avoir égard aux textes romains qui déclarent le petit-fils incapable de succéder à son aïeul lorsqu'il n'a été conçu qu'après sa mort. Pour de Serres, comme pour Furgole² d'ailleurs, l'incapacité des non-conçus ne saurait être fondée que sur un texte : or, ce texte n'existe pas.

Merlin réfute cette argumentation : la Nouvelle 118 a bien abrogé toutes les lois précédentes qui régissaient la matière des successions. Mais elle n'a pas touché à celles qui déterminent la capacité générale de succéder. « Dites par le Droit naturel, elles sont aussi immuables que lui ».

*
**

Les autres Coutumes édictaient des règles différentes. L'héritier était saisi indépendamment de toute manifestation de volonté de sa part : le silence ne faisait nullement perdre la saisine. Toutefois, il ne faudrait pas en conclure que, dans tous les cas, les non-conçus étaient exclus des successions *ab intestat* ouvertes dans le ressort de ces coutumes.

En effet, un héritier pouvait être appelé à recueillir une succession ouverte antérieurement à sa conception, lorsqu'il n'y avait pas d'héritiers déjà conçus au moment du décès ou que ces héritiers avaient tous renoncé.

Cette solution prévalut tout d'abord, mais elle apparut bientôt comme dangereuse et peu pratique, en raison de l'élément d'insécurité qu'elle introduisait dans les pour-

1. Claude de Serres, *Institutions du Droit français*, livre II, titre I, § 8.

2. Furgole, *Questions remarquables*, question 44.

suites des créanciers héréditaires. Les juristes ne manquèrent pas de s'élever contre cette règle.

Le Parlement de Paris, par un arrêt en date du 11 mars 1692, rendu sur les réquisitions de d'Aguesseau¹, adoptait finalement le principe de l'incapacité absolue des non-conçus en matière de successions *ab intestat*.

D'Aguesseau, à la différence de ses prédécesseurs, ne justifie pas l'exclusion des non-conçus par la règle « le mort saisit le vif » ou le respect des droits acquis. Pour lui, les non-conçus sont frappés d'une *incapacité naturelle*. « Pour être héritier, il faut être parent de celui dont on demande l'hérédité, et l'être au temps de son décès. La parenté est « sanguinis et juris vinculum ». C'est un rapport qui suppose deux termes et par conséquent deux personnes existantes, et ceci n'est point une fiction de droit mais un principe fondé sur la nature même, et sur l'idée qu'elle nous donne de la parenté considérée par rapport à l'ordre des successions ».

Un autre arrêt du Parlement de Paris, rendu le 1^{er} avril 1697 également sur les réquisitions de d'Aguesseau, confirma cette jurisprudence dans une espèce un peu particulière. Il y avait un héritier bénéficiaire ; mais il prétendait cesser de l'être en rendant compte et comme les créanciers soutenaient qu'il devait être héritier pur et simple, pour se tirer d'affaire, il faisait intervenir le petit-fils qui comme plus proche l'excluait, mais qui cependant avait été conçu bien après le décès de son aïeul. Les créanciers firent juger l'intervention irrecevable et il fut décidé que le petit-fils ne pouvait se porter héritier de son aïeul parce qu'il avait été conçu après sa mort.

Cependant d'Aguesseau essaie de tempérer la rigueur des solutions qu'il requiert : Il se demande « ce qu'aucun arrêt n'a encore décidé, si du moins un parent né et conçu après la mort de celui à qui il s'agit de succéder, ne devrait pas exclure le fisc. D'Aguesseau estime qu'on pourrait dans certaines circonstances préférer le petit-

1. *Œuvres* de d'Aguesseau, 1761, t. II, p. 311.— Cf. Merlin, *Répertoire*, au mot *Succession*.

fil au fisc moins comme un véritable héritier, que comme étant de la famille, comme la faisant subsister et comme étant pour cette raison plus favorable que le fisc » ¹.

Pothier ² n'acceptera pas ce tempérament et indiquera le caractère absolu de l'incapacité des non-conçus en matière de succession *ab intestat*.

§ 2.

En matière de retrait lignager, une solution différente l'emporta. Coutumes et auteurs admirent au retrait celui-là même qui n'était ni né ni conçu au jour de la vente bien que ce soit la vente seule qui donne naissance au droit de retrait. Maints arrêts du Parlement de Paris consacrèrent cette solution. Dans son commentaire sur la Coutume d'Artois, Adrien Maillart ³ explique pourquoi l'on a admis une règle différente de celle qui a prévalu dans l'ordre des successions.

« La raison de cette différence est tirée de ce qu'en succession, il doit nécessairement y avoir une continuation de possession entre le mort et celui qui n'est pas conçu. Au lieu qu'en retrait la possession ne passe pas directement du vendeur au retrayant ; ainsi la continuation est faite entre eux par le moyen de l'acheteur, ce qui suffit pour intenter l'action de retrait puisqu'il n'y a aucun temps où la possession ne soit pas à quelqu'un, comme il y aurait dans la succession immédiate qui serait acceptée par le non-conçu par rétroaction au décès du défunt. »

Ce texte est précieux, car il permet de penser que l'exclusion des non-conçus disparaîtra toutes les fois qu'il pourra y avoir continuation de possession entre le défunt et l'être à venir par l'intermédiaire d'un tiers.

Mais une autre raison a contribué à faire accorder aux non-conçus le droit de retrait. Pothier ⁴ l'exposera en ces

1. D'Aguesseau, cité par Merlin, *Répertoire*, V° *Succession*, p. 660.

2. Pothier, *Œuvres*, t. VIII, p. 7.

3. Adrien Maillart, *Coutume d'Artois*, art. 90.

4. Pothier, cité par Guyot, V° *Retrait, Lignages*, p. 522.

termes : « C'est à la famille en général que la Coutume accorde le retrait lignager et non à aucune personne déterminée de la famille. Les particuliers de cette famille n'acquièrent ce droit qu'en se l'appropriant « *jure quodam occupationis* », par la demande en retrait lignager qu'ils intentent. C'est pourquoi, il suffit qu'ils existent au temps que cette demande est donnée ».

Guyot¹ exprimera la même idée : « On oppose la maxime : qui n'est habile à succéder n'est habile à retenir, mais le retrait n'est pas un droit de succession, c'est un droit de parenté ».

§ 3.

Dispositions testamentaires. — Il convient de rappeler ici la dualité de législations que l'ancien Droit a maintenue dans l'ordre des successions. Dans les régions de droit écrit, la succession testamentaire avait le pas sur la succession *ab intestat*. La succession testamentaire découlait de la volonté du défunt, s'exprimant par le testament dont la pièce essentielle était l'*institution d'héritier*, « *caput et fundamentum testamenti* ». A défaut de cette institution, l'hérédité était dévolue aux héritiers désignés par la loi. Les régions de droit coutumier ne connaissaient que la succession légitime, déterminée par la loi. Le testament ne servait qu'à faire des legs, c'est-à-dire des libéralités « mais non à conférer à un bénéficiaire étranger autre que le plus proche successeur, la qualité et les prérogatives d'un héritier »².

Cette différence de nature juridique entre l'institution d'héritier et le legs ne pouvait manquer de se refléter dans les solutions apportées aux problèmes qui nous occupent. A cet égard, l'ancien Droit a fait une distinction des plus nettes.

Avant l'ordonnance de 1735, les auteurs et les arrêts admettaient la validité des institutions d'héritier faites au profit d'enfants qui n'étaient ni nés ni même conçus

1. Guyot, *Répertoire*, V^o *Retrait, Lignages*, p. 522.

2. A. Colin et H. Capitant, t. III, p. 388. n^o 519.

au temps de la mort du testateur. Ces dispositions étaient pratiquement assorties de la condition « si nascatur ». Dès lors, on ne considérait la capacité qu'en se plaçant au temps de l'échéance de la condition, et non au temps du testament ou de la mort du testateur. L'incertitude de l'événement suspend la dévolution de l'hérédité et quand l'événement arrive et que la condition se trouve accomplie, le temps intermédiaire est rétroactivement effacé. On présume, en usant d'une fiction bienveillante, que l'héritier institué était capable dès le temps de la mort du testateur. Rien de plus facile d'ailleurs, *pendente conditione*, de charger un curateur de l'administration de la succession ¹.

Le président Favre admet même qu'il faudra sous-entendre la condition « si nascatur », si elle n'a pas été expressément apposée ².

Pendant longtemps, les Parlements ont adopté cette façon de voir. Le Parlement de Provence rendit un arrêt dans ce sens le 24 mars 1665. Boniface commentant cette décision se range à l'avis du Parlement non sans avoir indiqué les inconvénients de cette solution et l'incertitude qu'elle fait planer sur la dévolution de la succession ³.

Mais l'ordonnance de 1735, article 49, vint disposer que l'institution d'héritier faite par testament ne pourra valoir en aucun cas si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite n'étaient ni nés ni conçus lors du décès du testateur.

Cette règle nouvelle trouvait sa justification dans ces mêmes raisons qui faisaient exclure les non-conçus des successions *ab intestat*. Il était en effet essentiel à la qualité d'héritier institué, que cet héritier continue la personne du défunt immédiatement après sa mort, et que la succession ne risque pas de demeurer vacante, et sans maître.

1. Edouard Lambert, *La stipulation pour autrui*, p. 286.

2. Favre, *De erroribus pragmaticurum*, década 33, livre 8, n° 18.

3. Boniface, *Arrêts du Parlement de Provence*, t. II, livre I, titre 8, ch. 2.

En matière de *legs*, avant l'ordonnance de 1735, on admettait sans discussion que ceux qui n'étaient pas conçus au moment du décès du testateur, pouvaient recueillir plus tard les legs qu'il leur avait adressés. On relève dans le *Journal des Audiences* un arrêt du 20 mars 1643¹, qui a fait délivrance d'un legs à un enfant dont la naissance était postérieure de treize mois au décès du testateur. Brillon et Denizart en rapportent un autre du 11 août 1724 qui a jugé solennellement la même chose sur les conclusions de l'Avocat général Voisins.

Après l'ordonnance de 1735, on s'est demandé si l'article 49 s'appliquait aux legs. Merlin² déclare que « cette loi ne parle que de l'institution d'héritier, on ne peut donc pas l'étendre aux legs ; car toute loi nouvelle qui abroge, corrige ou modifie le droit ancien doit être resserrée dans des termes précis ».

Merlin fait également remarquer que les legs, à la différence de l'institution, peuvent être suspendus pendant un certain temps ; on peut même en limiter la durée. Suivant l'antique adage « *legari potest ad tempus et ex tempore* ». Ainsi, ces legs peuvent parfaitement être adressés à des personnes à naître.

Denisart³ trouve cependant cette opinion : « très extraordinaire parce que, dit-il, la première condition pour être légataire est sans doute d'exister et qu'il est impossible de concevoir une propriété actuelle résidant sur la tête d'un individu qui n'existe pas encore ».

Mais le doute n'est pas permis en présence des déclarations formelles de d'Aguesseau, rédacteur de l'Ordonnance. Dans une lettre du 23 novembre 1737, adressée au Parlement de Provence, d'Aguesseau donne les motifs de la règle édictée par l'article 49 et en précise les limites⁴ : « La solution contraire admise en matière de legs, de *fideicommissis*, et de donations entre vifs s'explique par ce fait que dans ces cas, il y a toujours au temps de la

1. Merlin, *Répertoire*, V° *Légataire*, t. IX, p. 165.

2. Merlin, *Répertoire*, V° *Légataire*, t. IX, p. 165.

3. Denisart, cité par Merlin, *Répertoire*, V° *Légataire*, t. IX, p. 165.

4. D'Aguesseau, *Œuvres*, t. IX, lettre 333.

mort ou à l'instant de la donation une personne existante qui recueille la succession ou qui accepte la donation, et qui, profitant de la libéralité du testateur ou donateur, ne peut refuser d'accomplir dans la suite, les conditions qui lui sont imposées ».

Il est certain dès lors que l'article 49 ne concernait ni les legs à titre particulier, ni les legs universels. Il semble il est vrai qu'il n'y ait pas de différence entre le légataire universel et l'« héritier institué ». Il n'en est rien : la différence était réelle, dans l'ancien Droit. Les déclarations de Merlin sont, à cet égard, significatives : « Un héritier est saisi au moment de l'ouverture de la succession de tous les droits actifs et passifs qui la composent. Un légataire universel au contraire n'est, dans l'ancien Droit, saisi de rien, avant que l'héritier lui ait fait la délivrance de son legs. Ainsi, l'un reçoit de la loi ou de la volonté du défunt, l'impression de la maxime « le mort saisit le vif » ; l'autre attend la saisine de celui que le testateur a chargé de remplir ses dispositions. Le premier représente la personne du défunt, le second n'est qu'un simple successeur aux biens »¹.

§ 4.

Donations entre vifs. — On a admis dans l'ancien Droit que les enfants à naître pouvaient recevoir par donations entre vifs. Les recueils d'arrêts signalent fréquemment des donations faites par l'un des époux ou par un tiers au premier mâle à naître d'un mariage. Le notaire instrumenteur était censé avoir stipulé pour l'enfant à naître et on admettait sans difficultés qu'il avait pu lui faire acquérir un droit.

La validité de ces actes est affirmée par de nombreux auteurs : Dumoulin² et d'Argentré³ notamment.

Mais les stipulations notariales ne se sont pas restreintes aux contrats de mariage. Il était possible, par sim-

1. Merlin, *Répertoire*, V^o *Légataire*, t. IX, p. 163.

2. Dumoulin, *Consilia et responsa juris analytica*, Consil. 39.

3. D'Argentré, *Partages des nobles questions*, 32.

ple acte notarié, d'adresser une donation à une personne non conçue.

De bonne heure cependant, un mouvement de réaction se dessina contre ce genre de dispositions. François Hotman notamment déclare inintelligible un contrat où l'un des contractants n'existe pas¹. Il a bien soin d'ailleurs de ne pas confondre ces donations directes et les simples stipulations pour autrui valables sans conteste à ses yeux. Si, en effet, la stipulation du notaire est parfaitement correcte du point de vue de la technique juridique pure, il lui manque cependant un caractère essentiel : la sincérité. Elle apparaît un peu trop comme un artifice.

L'intervention du notaire ne fait pas disparaître la nature véritable de la donation qui est directement adressée à une personne future.

L'Ordonnance de 1731 (art. 5) confirmant l'Ordonnance de 1539 et l'Edit de 1549, interdit définitivement les donations adressées aux non-conçus. Elle autorisa cependant les libéralités faites aux enfants à naître du mariage, en les dispensant de la formalité de l'acceptation. La même exception est faite en faveur des donations fideicommissaires.

§ 5.

Stipulation pour autrui. — Il est certain, comme l'a si brillamment démontré M. Edouard Lambert², que l'ancien Droit a toujours admis que de simples êtres à venir pouvaient être bénéficiaires d'une stipulation pour autrui.

Il s'est trouvé un seul auteur pour le contester : c'est Nicolas Duval, dans son traité « De rebus dubiis », à la question 4 « Qui in rebus humanis non est an vocari et substitui possit in testamentis et contractibus ». Nicolas Duval donnant d'ailleurs à sa thèse une ampleur qui dépasse le cadre de la stipulation pour autrui se pro-

1. François Hotman, *Questions illustres*, question 6.

2. Edouard Lambert, *op. cit.*, p. 162 à 191.

nonce énergiquement contre la capacité des non-conçus en reconnaissant cependant qu'il soutient là un paradoxe.

Duval invoque les textes du Digeste qui écartent les non-conçus des successions. Il conclut à une exclusion générale des êtres à venir en matière de succession et de contrats. A ce principe général, Duval essaie de donner sa justification logique : on ne saurait concevoir un concours de volontés entre deux personnes qui ne coexisteront peut-être jamais.

Mais l'opinion de Duval n'a pas été suivie par nos anciens auteurs, et si les ordonnances de d'Aguesseau ont créé certains cas d'incapacité de jouissance à l'encontre des êtres à venir, personne n'a vu dans ces règles des applications d'un principe général.

François Hotman, combattant la validité des donations directes, avait déjà insisté sur la différence qu'il y avait entre une donation et une stipulation pour autrui. Les textes romains qu'on lui oppose n'admettent justement la capacité des non-conçus qu'en matière de stipulation pour autrui. « In illis autem legibus, non donatio dicitur facta directe a donatore in nondum natum, sed pactio in donatione adoptiva apposita ut is in cujus personam donatio consistebat postea nascituro restitueret »¹.

C'est qu'en effet, point n'est besoin, dans la stipulation pour autrui, d'un concours de volontés entre le stipulant et le tiers bénéficiaire, ou entre le tiers et le promettant. Si l'ordonnance de 1731 prononce la nullité des libéralités directes, c'est justement parce que dans ce cas le concours de volontés fait totalement défaut.

Et dans la seule hypothèse où l'ordonnance de 1731 admet la validité des donations adressées à des êtres à venir, elle prend bien soin de disposer que l'acceptation cessera d'être exigée comme condition formelle. Ainsi s'exprime l'article 10 : « N'entendons pas comprendre dans la disposition des articles précédents, sur la nécessité et la forme de l'acceptation dans les donations entre

1. Hotman, *Disputationes juris civilis. Donations*, ch. VIII, n° 26.

vifs, celles qui seraient faites par contrat de mariage, aux conjoints ou à leurs enfants à naître, soit par les conjoints eux-mêmes, ou par les ascendants ou parents collatéraux, même par des étrangers, lesquelles ne pourront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation ».

Or, l'instrument technique de la stipulation, n'exige pas comme élément constitutif, dans l'ancien Droit, pas plus que dans le Droit moderne, l'acceptation immédiate du tiers bénéficiaire. L'acquisition du droit existe indépendamment de toute acceptation, le seul effet de celle-ci est de rendre le droit *irrévocable*. L'acceptation est simplement confirmative de droit. Le président Favre l'a soutenu en termes formels.

On peut dès lors penser d'une façon générale que dans tous les actes juridiques où une manifestation de volonté n'est pas nécessaire pour l'acquisition d'un droit, il pourra y avoir une stipulation valable pour un être à venir.

Il résulte de ce bref aperçu sur le Droit romain et le Droit de l'ancienne France, qu'à aucun moment n'a été admis un principe général d'incapacité des personnes futures. Dans le dernier état de l'ancien Droit les non-conçus étaient exclus des successions *ab intestat* par la plupart des Parlements, des institutions d'héritiers et des donations directes, sauf certaines exceptions. Ils pouvaient en revanche être bénéficiaires de legs, de fideicommiss, de stipulations pour autrui. Ils étaient capables de recevoir par donations entre vifs dans certains cas déterminés.

De ces règles diverses et de ces distinctions multiples, on peut déjà dégager deux idées maîtresses. Une personne future est capable de revendiquer un droit ouvert antérieurement à sa conception, lorsque cette capacité n'entraîne aucune solution de continuité dans la possession de ce droit. Voilà la première idée et voici la seconde : les personnes futures pourront acquérir certains droits si l'acquisition de ces droits est indépendante de toute manifestation de volonté.

CHAPITRE II.

LES PERSONNES FUTURES DANS LE CODE CIVIL

Le Code civil ne pouvait manquer de réagir contre certaines solutions trop libérales de l'ancien Droit. Les textes des articles 725 et 906 semblent à cet égard d'une rigueur extrême, que viennent timidement tempérer les articles d'un caractère un peu spécial relatifs à l'institution contractuelle et aux substitutions.

Ainsi s'explique l'interprétation sévère que les commentateurs immédiats du Code civil ont fait prévaloir. Nous envisagerons dans une première section la portée précise de l'incapacité des non-conçus dans le Code civil. Dans une seconde section, nous examinerons les cas particuliers où les êtres à venir se sont vus accorder une capacité restreinte mais certaine.

Section I. — Portée de l'incapacité des êtres à venir.

§ 1. — SUCCESSIONS « AB INTESTAT ».

L'article 725 a maintenu dans l'ordre des successions *ab intestat* l'incapacité qui avait été autrefois prononcée presque à l'unanimité par la jurisprudence des Parlements. Pour succéder, il faut donc nécessairement être conçu au moment de l'ouverture de la succession. Prenons par exemple, le cas qui s'est si souvent présenté dans l'ancien Droit : au moment de l'ouverture de la succession, le de cujus laisse un fils qui renonce. Cependant, une année plus tard, le fils du défunt a lui-même

un fils. Le petit-fils pourra-t-il prétendre à la succession de son aïeul ? Non, l'article 725 s'y oppose.

A l'appui de cette règle, Demolombe invoque deux raisons¹ La première a été donnée autrefois par d'Aguesseau : c'est que les successions sont déférées aux parents. Or, la parenté est une relation qui exige deux termes. Elle ne peut donc s'établir qu'entre des personnes qui ont coexisté en même temps et simultanément. La seconde raison, c'est que l'hérédité est dévolue par la loi, sans lacune, au moment de l'ouverture de la succession à ceux qui se trouvent à ce moment-là habiles à la recueillir. Or, cette dévolution doit être assurée sans incertitude. La succession, une fois recueillie, par celui qui avait qualité à cet effet lui est désormais acquise et ne saurait lui être enlevée par aucun événement postérieur.

Ces deux arguments sont décisifs et on ne peut qu'aprouver la règle de l'article 725.

2° DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT.

A) *Testaments.*

L'article 906 exige que le légataire soit conçu à l'époque du décès du testateur : « Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur ». Quelle est la portée exacte de ce texte ? A cet égard, les travaux préparatoires sont absolument muets.

Il est certain que le Code est allé beaucoup plus loin que l'article 49 de l'ordonnance de 1735. Aux termes de l'article 49, les non-conçus étaient incapables d'être institués. Mais il était permis de leur adresser un legs à titre particulier et même un legs universel. Le Code civil, on le sait, a heureusement unifié les traditions des pays de droit écrit et des pays de coutumes. Il a supprimé l'institution d'héritier propre aux pays de droit écrit, en ne

1. Demolombe, t. XIII, p. 223.

laissant subsister que les legs. Mais le légataire universel d'aujourd'hui ressemble d'une façon formelle à l'héritier institué autrefois, au point de vue de la saisine notamment. Dans un cas comme dans l'autre, on peut craindre que la même incertitude pèse indéfiniment sur la dévolution du patrimoine du défunt.

Il était donc normal que le Code civil exige du légataire universel comme qualité première l'existence. Mais il est allé encore plus loin : les mots recevoir par testament visent aussi bien le legs particulier que le legs universel. Cette réglementation identique a-t-elle été voulue par les rédacteurs du Code civil ? M. Edouard Lambert ne le pense pas. La règle qui s'imposait pour les legs universels a été étendue aux legs particuliers par cela seul que ces deux sortes de dispositions se sont trouvées confondues sous un même nom.

Il reste toutefois que l'incapacité des personnes futures en matière de legs à titre particulier se justifie aisément du point de vue juridique; le légataire acquérant de plein droit la propriété de l'objet légué par le décès du testateur, il est nécessaire qu'il existe à ce moment pour que la transmission puisse s'opérer.

La question s'est posée de savoir si l'article 906 s'appliquait au legs conditionnel comme au legs pur et simple. Ne suffirait-il pas, dans le cas d'un legs conditionnel, que le légataire fut conçu à l'époque de l'événement de la condition, alors même qu'il n'aurait pas été conçu au jour du décès du testateur.

On pourrait dire, en effet, que la capacité du légataire n'est requise qu'au moment où il *reçoit* ; or, dans le cas présent, le légataire reçoit, non pas à l'époque du décès du testateur, mais à l'époque de l'événement de la condition (art. 1040). Voilà pourquoi on pense généralement que sa capacité civile n'est requise qu'à cette époque. Il doit dès lors en être de même de sa capacité naturelle.

Demolombe ¹ critique cette argumentation : Comment

1. Demolombe, t. XVIII, p. 582.

dit-il, une transmission quelconque pourrait-elle s'accomplir entre deux personnes qui n'ont jamais, même pendant un seul instant de raison, coexisté simultanément ? N'y a-t-il pas là une incapacité naturelle qu'aucune fiction civile ne saurait faire disparaître, puisqu'il n'est pas possible de feindre qu'une personne a existé avant que d'être.

Mais ce n'est pas cette raison qui nous convaincra. Qui ne voit, en effet, que le testament ne prend sa valeur qu'après le décès du testateur, c'est-à-dire à un moment où la coexistence est impossible même pendant un instant de raison.

Voici selon nous l'argument essentiel : le texte de l'article 906 exige de la façon la plus absolue, dans tous les cas, que le légataire soit conçu à l'époque du décès. On ne saurait introduire dans l'interprétation de la loi, une distinction qui ne s'y trouve pas. Ce serait au surplus réduire à néant la portée de la règle, car rien ne serait plus facile que d'assortir le legs de la condition « si nascatur ».

Les inconvénients que nous avons déjà signalés réapparaîtraient : il n'y aurait plus de limite à l'incertitude dans laquelle se trouverait le sort du legs et par suite la propriété des biens légués. On conçoit dès lors que la Jurisprudence se soit rangée à l'avis des auteurs.

Mais il faut pousser plus loin l'analyse de l'article 906. Un legs conditionnel assorti de la condition *si nascatur* n'est pas valable. Mais quid du double legs conditionnel dont l'un est adressé à une personne présente sous condition résolutoire et l'autre à une personne future. Cette libéralité serait conçue en ces termes : « Je lègue ma fortune à Primus; mais si Secundus a des enfants, le legs sera révoqué et les enfants de Secundus seront légataires ».

On peut imaginer aisément dans quelles circonstances une personne serait amenée à faire un legs de ce genre. En raison d'une inimitié personnelle, le testateur a déshérité son proche parent. Mais si ce dernier avait plus

tard des descendants, le testateur préférerait sans doute que sa fortune leur soit dévolue, puisqu'ils perpétueront le nom familial.

Il y aurait quelques raisons d'admettre la validité de ce legs. Grâce au jeu de la condition résolutoire, il n'y aura aucune solution de continuité dans la transmission des biens. Mais les termes de l'article 906 sont trop généraux pour qu'on puisse introduire ici une distinction nouvelle qui ne s'y trouve pas. Le double legs conditionnel envisagé n'est donc pas valable.

En résumé, le Code civil a étendu à toutes les dispositions testamentaires, la règle de l'article 49 de l'Ordonnance de 1731, qui ne concernait que l'institution d'héritier. On peut dire aujourd'hui des legs ce que d'Aguesseau disait autrefois de l'institution d'héritier : ils portent à faux lorsque le légataire n'est pas conçu à l'époque du décès du testateur.

B) *Donations entre vifs.*

Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Nous retrouvons ici un problème que nous avons déjà effleuré. On s'est demandé, en effet, s'il était nécessaire que le donataire fût conçu à l'époque de l'offre qui serait faite par le donateur dans un premier acte, ou s'il suffisait qu'il fût conçu à l'époque où cette offre serait acceptée en son nom dans un acte postérieur, aux termes de l'article 932.

D'illustres jurisconsultes ont soutenu que l'existence n'était requise qu'au moment de l'acceptation. Il est évident, dit Demante, que c'est au moment de l'acceptation qu'est exigée l'existence du donataire et qu'il n'y aurait pas plus de raison pour exiger sa conception au moment de la pollicitation improprement appelée donation que pour exiger celle du légataire au moment de la confection du testament ¹.

1. Demante, *Themis*, t. VII, p. 371.

Troplong¹ fait remarquer qu'il n'y a à craindre ici ni suspension ni incertitude ni mise de la propriété hors du commerce. Le donateur est maître à tout moment de retirer sa donation, mais l'offre subsiste tant qu'elle n'a pas été révoquée. Il ne faut pas dire qu'elle s'adresse au néant puisqu'elle est toujours présente et qu'elle se renouvelle le jour de la conception.

Mais nous préférons nous ranger à l'opinion de Demolombe, exprimée en ces termes² : « Lorsque l'article 906 exige que le donataire soit conçu au moment de la donation, il emploie ce mot dans son acception naturelle ; or, la donation, c'est de la part du donateur, la déclaration de vouloir donner ».

D'autre part, il n'est pas exact de comparer la déclaration de donation à un testament. Le testament n'est qu'une simple déclaration unilatérale de volonté. Il ne s'adresse à personne. La déclaration de donation constitue une offre faite au donataire d'où résulte pour celui-ci la faculté d'accepter tant que cette offre n'est pas révoquée et qui oblige le donateur à un acte de révocation s'il veut enlever au donataire la faculté qu'il lui a conférée. L'offre se perpétue, dit-on. Mais encore faut-il qu'elle existe. Or, elle ne saurait exister puisqu'on ne peut déclarer qu'on se dessaisit actuellement et directement au profit d'un être non-conçu. Le néant ne peut être capable de droit.

Ainsi s'exprime Demolombe. Son interprétation est évidemment plus conforme à la lettre des textes. La Cour de cassation ne s'est-elle pas prononcée en ce sens dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 ventôse an XIII : « Attendu, dit la Cour, qu'en jugeant qu'un individu qui reçoit à titre de donation entre vifs, pour être capable de recevoir à ce titre, doit avoir la capacité au moment de la donation et qu'il ne peut l'acquérir par

1. Troplong, t. II, 616 et 617.

2. Demolombe, t. XVIII, n° 579.

la suite,... la Cour de Bordeaux s'est conformée aux principes de la matière... »¹.

Mais combien cette interprétation manque de subtilité ! A cet égard, Troplong fait preuve de bien plus de finesse. Il se garde bien, en effet, d'étendre exagérément la portée de l'article 906 et de formuler ce principe simpliste que « le néant ne peut être sujet de droit ». C'est par de semblables affirmations que se trouvera arrêté l'essor naturel de certaines institutions, comme l'assurance sur la vie au profit des enfants à naître.

Nous avons insisté sur l'argumentation de Demolombe parce qu'elle nous permet de relever au passage la cassure entre la tradition de l'ancien Droit et la doctrine postérieure au Code civil.

Quoiqu'il en soit, en Droit positif français, pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être au moins conçu au moment où l'acte de donation est passé devant le notaire.

C) *Sanction de l'incapacité édictée par l'article 906.*

Quel est le sort de la libéralité adressée à une personne future non conçue incapable de recevoir à titre gratuit aux termes de l'article 906 du Code civil ? Le problème présente deux aspects différents suivant qu'on l'envisage avant ou après la conception de l'être à venir.

Dans le premier cas, la libéralité est nulle et non avenue. Mais que faut-il penser du legs fait à la fois à des enfants nés et à naître. Cette disposition est-elle indivisible, doit-elle être annulée pour le tout ? La Jurisprudence ne l'a pas pensé. La Cour de Bordeaux a décidé qu'un tel legs est du moins valable à l'égard des enfants nés ou conçus à l'époque du décès du testateur. Consacrant cette jurisprudence, un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 novembre 1911¹ a jugé que la disposition

1. *Dalloz, Répertoire*, V° *Dispositions*, p. 203, n° 486.

2. D. P. 1915.1.85.

éventuelle faite par un testateur en faveur d'enfants non conçus est nulle et non avenue, mais elle ne peut avoir pour effet d'annuler les autres dispositions du testament qui sont valables par elles-mêmes ».

M. Lalou a parlé d'« inexistence »². Nous avouons ne pas comprendre l'intérêt de la distinction entre nullité absolue et inexistence, en la matière. Avant la conception de la personne future gratifiée, un débat en justice sur la validité de la disposition est fort improbable. Mais ce débat sera inévitable dans le second cas, si la personne qui n'était pas conçue au moment de la donation ou du décès du testateur, s'est mise en possession du bien ayant fait l'objet de la libéralité.

Une action en revendication du véritable propriétaire sera nécessaire. Le *verus dominus*, invoquera à juste titre la nullité absolue de la libéralité, mais encore faudra-t-il qu'il l'invoque.

M. Lalou soutient notamment que l'usucapion n'est pas possible, que l'action en revendication est inconcevable, puisque l'on ne saurait plaider contre le néant.

Mais l'erreur en la matière est de raisonner dans l'abstrait. Au fond, *le problème des personnes futures ne se pose que lorsqu'elles ont cessé de l'être*, et qu'elles revendiquent un droit ouvert antérieurement à leur conception. C'est là, d'ailleurs l'un des paradoxes les plus curieux de la matière.

Ainsi un testateur lègue sa fortune à la fille d'un de ses amis et il ajoute : « Au cas où mon ami aurait d'autres enfants, je veux que tous participent par parts égales au partage de ma succession ». Si un autre enfant a été conçu postérieurement au décès, et que l'on accepte nonobstant les termes de l'article 906, de l'admettre au partage, cette transaction sera sans doute entachée de nullité absolue, mais la prescription acquisitive pourra parfaitement jouer, au bout de trente ans au profit de l'enfant, à partir de l'acte de partage.

1. *Etude de la maxime infans conceptus*, p. 88.

Section II. — La capacité des êtres à venir dans le Code civil.

Nous allons examiner maintenant les cas où le Code civil a accordé aux personnes futures une certaine capacité juridique.

§ 1.

Le premier cas que nous étudierons est celui de l'institution contractuelle ou donation de biens à venir.

L'article 1082 du Code civil s'exprime en ces termes : « *Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux et même les étrangers* pourront par contrat de mariage disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès tant au profit des dits époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, pour le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite seulement au profit des époux ou de l'un d'eux sera toujours dans le dit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage ».

Ainsi la loi permet au donateur de comprendre dans sa donation les enfants à naître du mariage. Bien plus, elle présume de plein droit qu'il les y a compris en l'absence de déclaration expresse de volonté en ce sens.

Le Code civil présume que l'intention du donateur n'est pas seulement de gratifier le conjoint qu'il institue, mais encore ses enfants et de les préférer à tous ses parents.

Demolombe donne à l'institution sa qualification juridique exacte; il la définit « une substitution vulgaire tacite » ¹.

La capacité des enfants à naître, en matière d'institution contractuelle a été admise à l'unanimité par les Coutumes de l'ancienne France. L'Ordonnance de fé-

1. Demolombe, t. XXIII, p. 318.

vrier 1731, sur les donations (art. 10), exclut expressément ce cas du principe général d'incapacité des personnes futures dans l'ordre des donations entre vifs.

L'instituant est lié personnellement et directement les enfants à naître tout autant qu'envers l'époux lui-même; car ils sont institués comme l'époux. Dès lors, l'instituant ne pourra pas même d'accord avec l'institué détruire le droit éventuel des enfants.

Le donateur pourrait-il exclure du bénéfice de sa donation les enfants à naître du mariage ? Il semble bien que l'article 1082 n'établisse à cet égard qu'une présomption simple susceptible d'être renversée par toute manifestation de volonté contraire du donateur, qui est libre de choisir les bénéficiaires de sa libéralité.

Mais doit-on accueillir la solution inverse ? Le donateur pourrait-il exclure les époux et ne donner qu'aux enfants à naître ? La validité d'une telle disposition avait été admise autrefois par la jurisprudence et les auteurs.

L'article 10 de l'Ordonnance de 1731 dispensait d'acceptation les donations faites par contrat de mariage aux conjoints *ou* à leurs enfants à naître. Le Code civil permet-il de conserver cette solution de l'ancien Droit ? Demolombe ne le pense pas : Aux termes de l'article 1082, on doit donner les biens à venir *tant aux époux qu'aux enfants* ; d'autre part, d'après les principes généraux, on ne saurait adresser directement *omisso medio* une libéralité à des personnes futures. L'article 1082 qui déroge aux règles admises dans l'ordre des dispositions à titre gratuit, doit être en effet interprété strictement. Le donateur ne pourrait pas dès lors donner seulement à quelques-uns des enfants à naître en excluant les autres, pas plus qu'il ne pourrait leur assigner des parts inégales.

Mais nous ne suivrons pas cependant l'opinion de Demolombe. Le texte de l'article 1082 peut être interprété dans un sens nettement opposé à sa thèse : Aux termes de cet article, *on peut*, — et non « on doit », — donner des biens à venir *tant aux époux qu'aux enfants*. C'est donc qu'on peut gratifier séparément et à son choix les uns *ou* les autres. Sera dès lors valable l'institution con-

tractuelle par laquelle un futur époux ayant des enfants d'un premier lit déclarerait dans le contrat accompagnant son second mariage, qu'il donne dès à présent, la quotité disponible aux enfants à naître de sa nouvelle union, ou à l'enfant naturel qu'il aurait eu de son futur conjoint et que le mariage projeté doit avoir pour résultat de légitimer¹.

Que faut-il comprendre sous la dénomination d'« enfants à naître du mariage » ? Il convient de donner à cette expression un sens très large : elle comprend les petits-enfants et la postérité issue du mariage.

Mais en revanche, les enfants issus du mariage à l'occasion duquel l'institution a été faite ont seuls droit au bénéfice de l'institution. Elle ne saurait profiter par exemple aux enfants que l'un des époux pourrait avoir d'un mariage postérieur. A cet égard, quelques vieux auteurs de l'ancien Droit, accordaient le bénéfice de la donation aux enfants d'un second mariage, si le premier en faveur duquel la donation avait été faite, était demeuré stérile.

L'institution contractuelle s'ouvre par la mort naturelle de l'instituant. Dans le cas de survie de l'époux ou des époux institués et lorsque la succession de l'instituant est acceptée par eux, le droit éventuel des enfants s'éteint et ils ne sauraient recueillir les biens compris dans la donation qu'autant que ces biens se retrouveront dans la succession de leur auteur et qu'ils se porteront ses héritiers.

Le droit éventuel des enfants s'ouvre au contraire par le prédécès de l'époux ou des époux institués. Dans ce cas, c'est de leur propre chef, *jure proprio* qu'ils sont appelés comme institués eux-mêmes à la succession de l'instituant, ils pourront en recueillir le bénéfice alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de leur auteur institué en premier rang.

Les enfants qui sont morts avant l'instituant sans lais-

1. Colin et Capitant, t. III, 5^e édit., p. 834.

ser eux-mêmes de descendants doivent être, relativement à l'institution contractuelle, considérés comme n'ayant jamais existé. Mais s'ils ont au contraire laissé des descendants, ces derniers représenteront leur auteur même s'ils ne sont qu'au second et au troisième degré. Ils viendront ainsi partager le bénéfice de l'institution, avec les enfants survivants, au premier degré. Le partage se fera alors par souches et non par têtes. Le partage se fera également par souches si tous les enfants du premier degré étaient prédécédés, et que l'institution soit recueillie par leurs descendants au même degré ou à des degrés inégaux.

Il peut paraître étrange de voir ainsi la représentation étendue hors du cadre des successions légitimes. Les libéralités émanées de la volonté du défunt sont, en effet, personnelles au donataire comme la bienveillance dont elles sont le fruit.

Mais comme l'a si bien dit Demolombe, c'est de cette même volonté de l'homme que l'on peut déduire cette double règle, que les petits-enfants concourent avec les enfants et que le partage se fait alors par souches.

Que voulait, en effet, l'instituant en faisant par contrat de mariage cette donation de ses biens à venir aux époux et à la postérité issue du mariage, sinon constituer le patrimoine futur de la famille qui allait se fonder. En soumettant la dévolution de la succession aux mêmes principes qui régissent la dévolution de la succession légitime, l'on ne fait que respecter les intentions infiniment probables du défunt.

L'institué peut, après le décès de l'instituant, accepter ou répudier le bénéfice de l'institution. Il doit, à cet égard, être assimilé à un héritier légitime. C'est en vain qu'on lui opposerait l'acceptation qu'il a faite de la disposition dans le contrat de mariage. L'institué a bien, en effet, accepté, mais ce qu'il a accepté c'est simplement « la faculté d'être héritier s'il le veut ».

Quel sera le sort de l'institution contractuelle au cas de renonciation de l'époux institué ? Il faut ici encore se

fonder sur les intentions présumées du disposant. La renonciation, soit de l'époux ou des époux institués, soit des enfants ou des descendants substitués, aura les mêmes effets juridiques que leur prédécès. La renonciation des uns, ainsi que leur prédécès ouvre le droit des autres.

Pourtant les termes de l'article 1082, « dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire,... dans le dit cas de survie du donateur, laisseraient plutôt penser que la vocation des enfants n'existe qu'au seul cas de prédécès de leurs parents... Mais il ne faut pas interpréter les mots « en cas de prédécès », d'une façon trop stricte. Dans les articles 750, 753, 759, 766, ces mêmes mots sont de l'aveu général synonymes de « à défaut ». L'article 1089 dispose même que la donation de biens à venir ne devient caduque que si l'instituant survit au donataire et *à sa postérité*. N'est-on pas dès lors autorisé à penser que cette postérité, si elle a survécu au donateur est appelée à recueillir le bénéfice de l'institution, aussi complètement que le donataire lui-même dans tous les cas où ce dernier ne recueillerait pas.

§ 2.

L'institution contractuelle peut porter cumulativement sur les biens présents et à venir. L'article 1084 du Code civil s'exprime en ces termes : « La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte, un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents en renonçant au surplus des biens du donateur ».

Article 1089 : « Les donations faites à l'un des époux dans les termes des articles 1082-1084 et 1086 deviendront caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité ».

Ces articles n'ont en vue qu'une seule donation, *la donation cumulative* de biens présents et à venir. Mais le

caractère dominant de cette libéralité est celui de la donation de biens à venir. Voilà pourquoi malgré le silence des textes, la donation cumulative peut être faite au profit des enfants à naître du mariage et qu'elle doit même de plein droit être présumée faite à leur profit. Voilà également pourquoi c'est seulement lors du décès de l'instituant que le donataire pourra exercer les droits que lui confère l'institution, en accepter ou en répudier le bénéfice, ou bien encore opter pour les biens présents au moment de la donation, en renonçant aux biens acquis depuis.

Mais cette faculté appartiendra-t-elle aux enfants à naître ? Pourront-ils opter pour les biens présents qui appartenaient au donateur à l'époque de la donation. On pourrait objecter, il est vrai, que ces enfants vont se trouver, par l'effet rétroactif de leur option, avoir été propriétaires avant même d'être conçus, alors qu'aux termes de l'article 1081 Code civil, « toute donation entre vifs de biens présents ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre 6 du présent titre » (relatif aux substitutions).

A cette objection, la réponse est aisée. Il ne s'agit pas ici d'une donation principale de biens présents adressée à des enfants à naître. La donation qui nous occupe est, dans son principe, une donation de biens à venir. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que sa portée peut se trouver réduite aux biens présents. Il n'est pas douteux que les enfants à naître pourront bénéficier de cette donation accessoire. On ne saurait admettre pour cela qu'ils auront été rétroactivement propriétaires des biens du donateur de son vivant même et avant même leur conception. Ce qui est vrai seulement, c'est que le donateur demeuré propriétaire n'aura pas pu aliéner à leur détriment ses biens présents, même à titre onéreux.

On peut ainsi conclure que dans la donation cumulative, les enfants à naître sont bénéficiaires d'une véritable substitution vulgaire. Ils seront appelés à l'institution *personnellement* et avec les mêmes droits que leur

auteur, si c'était lui qui recueillait le bénéfice de l'institution. Dès lors, les enfants pourront opter uniquement pour les biens présents, tout en renonçant à la succession de leur auteur, leur père ou leur mère, donataire principal.

*
**

Pour terminer cette brève étude de l'institution contractuelle, nous analyserons la règle inscrite à l'article 1093 Code civil : « La donation de biens à venir faite *entre époux* aux termes de l'article 1093, n'est pas transmissible aux enfants issus du mariage, si l'époux donataire meurt avant l'époux donateur. » En d'autres termes, les enfants issus du mariage ne sont pas substitués vulgairement à l'époux donataire.

Il semble bien, au premier abord, que l'intérêt des enfants n'exigeait nullement une substitution de ce genre. Il s'agit, en effet, ici d'enfants communs au donataire et au donateur, s'ils ne recueillent pas les biens comme donataires dans la succession du donateur, ils les recueilleront comme héritiers de l'époux donataire.

Il serait cependant plus conforme à l'intérêt des enfants de se voir transmettre directement et personnellement le bénéfice de l'institution. Ils recueilleraient les biens à l'exclusion des enfants issus d'un autre mariage; et surtout le donateur, leur père ou leur mère, ne pourrait plus désormais les en priver par des dispositions à titre gratuit. Voilà précisément ce qui, aux yeux de Demolombe, ferait le grave inconvénient de cette substitution vulgaire, les enfants à naître se trouveraient d'avance pourvus de la quotité disponible, au grand détriment de l'autorité paternelle, ainsi « désarmée de ce pouvoir de récompenser et de punir, qui résulte si précieusement pour le bon ordre de la famille, de la faculté qui appartient aux parents de disposer de leur quotité disponible, soit au profit d'un étranger, soit au profit de l'un de leurs enfants, par préciput et hors part » ¹.

1. Demolombe, *ibidem*, t. XXIII, p. 454.

On a soutenu cependant que la seule différence qu'il y ait entre l'article 1082 et l'article 1093 est que la substitution vulgaire en faveur des enfants à naître, qui est présumée dans l'un ne l'est pas dans l'autre, mais que rien n'empêche le donateur de les substituer par une clause expresse. Toutefois, le texte de l'article 1093 ne saurait être « assoupli » à ce point; il dit nettement que la donation *ne sera pas* transmissible aux enfants à naître et l'on doit d'autant plus l'interpréter ainsi que cette faculté de faire une donation à des enfants qui ne sont pas encore conçus est exorbitante du droit commun.

§ 3.

Conventions matrimoniales. — On peut rattacher à l'étude des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître, l'analyse de certaines conventions matrimoniales d'une nature un peu spéciale. Les futurs époux peuvent en effet, dans leur contrat de mariage, modifier les règles légales relatives au partage de la communauté. Peuvent-ils convenir que les acquêts reviendront aux enfants à naître du mariage ? La question est controversée.

Il est tout à fait certain que cette clause serait nulle, si elle aboutissait à changer l'ordre légal des successions, notamment en excluant les enfants d'un précédent mariage ou en établissant l'inégalité entre frères et sœurs. Mais que décider en dehors de ce cas particulier.

Suivant une première opinion, une clause de ce genre serait nulle comme constituant une donation à cause de mort, et une donation au profit de personnes non encore conçues. Des arrêts assez anciens de la Cour de Bordeaux ont été rendus en ce sens¹.

De nombreux auteurs ont pensé au contraire que les époux pouvaient valablement convenir en adoptant le régime de communauté que les acquêts appartiendront

1. Bordeaux, 18 août 1864 et 23 août 1865, D. P. 66.2.217.

aux enfants à naître. Un très vieil arrêt de cette même Cour de Bordeaux semble avoir consacré cette thèse¹. Il décide que les époux qui ont stipulé une société d'acquêts réversible aux enfants à naître ne peuvent, avant la dissolution du mariage, opérer la liquidation et le partage de cette société, même dans le but de faire entre leurs enfants le partage anticipé de leurs biens autorisé par les articles 1075 et suivants Code civil.

Les déclarations de Duveyrier et Malleville au Tribunalat sont favorables à cette façon de voir. L'institution contractuelle peut être, selon nous, adressée directement aux enfants à naître. Cette clause, il est vrai, s'apparenterait plutôt à « une convention matrimoniale », adoptée librement conformément au principe édicté par l'article 1387 Code civil.

L'article 304 fournit un puissant argument à l'appui de cette doctrine. Il dispose, en effet, que le divorce ne prive les enfants nés du mariage d'aucuns des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou *par les conventions matrimoniales* de leur père et mère. Cet article suppose évidemment qu'à l'occasion de ces conventions, il a pu valablement être stipulé au profit des enfants à naître.

§ 4.

*Substitutions*². — Les substitutions ont pour origine les fidéicommiss romains. On appelait à Rome fidéicommiss une disposition par laquelle le disposant « priait » la personne à qui il avait adressé une libéralité, de restituer à un tiers les biens qu'il venait de lui donner. Auguste conféra à ces dispositions le caractère obligatoire, qu'elles n'avaient pas avant lui. De là provint leur grande faveur. Dès lors, cette matière si simple à son origine, se compliqua bientôt à l'extrême. L'on ne se borna pas à appeler un second gratifié après le premier : on en appela un troisième après le second, et ainsi de

1. V. *Code civil annoté Dalloz*, art. 1498, n° 277.

2. V. A. Colin et H. Capitant, *Cours de Droit civil*, t. III, p. 1035.

suite. De cette manière, les fidéicommiss pouvaient se perpétuer de degré en degré pendant une longue suite de générations. Toutefois, sous Justinien, on arrêta au quatrième degré « post quatuor demum generationes » la transmission des fidéicommiss perpétuels.

Les substitutions fidéicommissaires de l'ancienne France se rapprochent des fidéicommiss du Droit romain. Le mécanisme de ce mode de disposition, si important autrefois, était le suivant : le fiduciaire, premier gratifié, était autorisé à conserver sa vie durant et à rendre seulement après sa mort l'objet de la libéralité à un second gratifié appelé à lui succéder.

On ne se bornait pas d'ailleurs au fidéicommiss simples ne comprenant qu'un seul grevé et un seul appelé. On admit les fidéicommiss graduels comportant plusieurs degrés de substitution; on en vint ainsi aux fidéicommiss perpétuels qui embrassaient la suite indéfinie des générations à venir.

La Société de l'Ancien Régime trouva dans cette institution, l'une de ses assises les plus sûres, car elle constituait un puissant moyen de conservation des biens dans les familles et elle permettait de perpétuer la fortune de noms illustres.

Ainsi s'était formé comme un nouveau genre de succession où la volonté de l'homme « se substituant » — c'est le mot — à celle de la loi, exerçait un contrôle absolu.

Un tel pouvoir conféré à l'homme était exorbitant. Le chancelier d'Aguesseau écrivait le 24 juin 1730 que « l'abrogation *entière* des fidéicommiss serait peut-être la meilleure de toutes nos lois ».

Le législateur ne pouvait manquer d'intervenir. L'ordonnance d'Orléans du 31 janvier 1560, article 59 défendit d'avoir égard aux substitutions qui se feraient à l'avenir, « outre et plus avant deux degrés de substitution après l'institution et première disposition, icelle non comprise ». Cette ordonnance ne visait que les substitutions créées postérieurement à 1560. L'ordonnance

de Moulins de février 1566 vint limiter au quatrième degré les substitutions établies avant 1560.

L'ordonnance d'août 1747 reprit dans son article 30 la prohibition édictée par les ordonnances antérieures, et décida que les substitutions ne pourraient s'étendre au delà de deux degrés, l'institution non comprise.

La loi du 14 novembre 1792 voulant faire table rase des institutions de l'ancien régime, abolit les substitutions d'une manière absolue pour toute la France.

L'histoire contemporaine des substitutions est assez mouvementée, car cette matière qui entretient des relations si intimes avec le Droit public devait subir les influences successives des Révolutions politiques.

Le Code civil maintint la prohibition des substitutions et n'admit que deux exceptions à cette règle. Napoléon I^{er} en admit une troisième par la création des majorats ; c'était un genre de substitutions perpétuelles destinées à former la dotation de titres héréditaires. La loi du 17 mai 1826 promulguée sous Charles X vint encore limiter la portée juridique de la prohibition édictée par l'article 896 Code civil. Mais ces exceptions furent elles-mêmes progressivement abrogées sous la monarchie de juillet et la république de 1848.

A l'heure actuelle, seul demeure en vigueur le système initial du Code civil.

Art. 1048. — Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés en tout ou en partie à un ou plusieurs de leurs enfants par acte entre vifs ou testamentaire, avec la charge de rendre ces biens aux enfants *nés et à naître* au premier degré seulement des dits donataires.

Art. 1049. — Sera valable en cas de mort sans enfants la disposition que le défunt aura faite par acte entre vifs ou testamentaires au profit d'un ou plusieurs de ses frères et sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession avec la charge de rendre ces biens aux enfants *nés et à naître*, au premier degré seulement des dits frères ou sœurs donataires.

Ainsi, les auteurs de la substitution ne peuvent être

que les père et mère ou les frères et sœurs. Les appelés sont les enfants nés et à naître des donataires grevés. La loi, dans l'intérêt de la famille, permet de maintenir l'égalité entre les enfants et n'exige nullement que tous les appelés soient conçus au moment de la libéralité.

Les enfants nés et à naître du donataire appelés à recevoir la substitution, doivent être au premier degré, c'est-à-dire à la première génération. Il faut de plus que la charge de restitution soit faite au profit de tous, sans exception. La loi n'admet pas l'exclusion des cadets ou des filles. Bien plus, si le disposant avait soit explicitement soit implicitement exclu les enfants à naître, la disposition serait nulle, alors même que le donataire grevé n'aurait pas laissé d'autres enfants que ceux qui existaient au moment de la libéralité. Un arrêt de la Cour de Bruxelles a été rendu en ce sens. Mais il faudrait être moins rigoureux si la clause entendue dans un sens large pouvait embrasser les enfants nés et à naître.

S'il y avait plusieurs appelés et que l'un d'eux fût mort avant le grevé, mais en laissant lui-même des enfants, ceux-ci bien que petits-enfants du grevé seraient appelés par représentation à recueillir la portion de l'appelé prédécédé (art. 1051). On remarquera combien cette représentation est spéciale. Il faut pour qu'elle fonctionne, qu'il y ait au moins un enfant au premier degré du grevé qui lui survive. Si tous les appelés du premier degré étaient décédés, les petits-enfants ne pourraient bénéficier de la substitution. La représentation de l'article 1051 ne peut donc être invoquée qu'à l'effet de concourir avec des appelés au premier degré.

Conformément à une tradition fort critiquable, car elle méconnaît la nature juridique de la substitution qui est une double libéralité avec trait de temps, le Code organise les droits respectifs du grevé et de l'appelé suivant le type des droits conditionnels. Jusqu'à l'ouverture de la substitution, le grevé est propriétaire sous condition résolutoire, l'appelé est, au contraire, propriétaire sous condition suspensive, tenant ses droits non du grevé mais de l'auteur de la libéralité.

Au moment de l'ouverture de la substitution, par le jeu de la rétroactivité de la condition, l'enfant qui n'était pas conçu au moment de la libéralité sera censé tenir ses droits directement du donateur. Les actes de disposition accomplis par le grevé seront donc pleinement annulables.

La loi a d'ailleurs édicté toute une série de mesures pour que le droit des appelés ne soit pas rendu illusoire par l'exercice que le grevé ferait de son droit de propriété. La plus intéressante de toutes ces mesures est la nomination d'un tuteur à la substitution; cette personne dont le rôle est plutôt celui d'un curateur est chargée de veiller à ce que sa vie durant le grevé n'abuse pas de ces droits et remplisse les obligations mises à sa charge par la loi ou par le disposant.

Dès le décès du disposant et dans le cas où celui-ci n'aurait pas désigné lui-même de tuteur à la substitution, le grevé ou son tuteur, s'il est mineur, doit en faire nommer un dans le mois du décès.

L'autorité compétente pour faire cette nomination, d'après MM. Colin et Capitant, est dans le silence de la loi, le Conseil de famille de l'appelé né ou à naître. Conseil composé des proches parents, alliés ou amis du grevé et ceux de sa femme s'il est marié.

L'hypothèse d'un Conseil de famille se réunissant pour sauvegarder les intérêts d'êtres à venir est évidemment peu fréquente.

§ 5.

Contrats. — Il résulte de l'article 906, alinéa 1^{er}, qu'on ne saurait admettre la validité d'un contrat avec une personne future. Il y a là une impossibilité juridique et une impossibilité pratique. Le contrat suppose une coexistence de volontés. Pourtant un article du Code civil va nous permettre de voir comment le bénéfice d'un contrat peut être transmis à une personne qui n'était ni née ni même conçue au moment de la signature de l'acte.

En effet, aux termes de l'article 1122 du Code civil, « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

Il ne s'agit pas ici d'une stipulation pour autrui, car dans cette hypothèse, la stipulation ou la promesse a été faite par la personne envisagée, en son propre nom; elle a pris naissance sur sa tête alors que dans le cas prévu par l'article 1121 du Code civil, celui qui stipule pour autrui fait naître le droit de créance résultant de la stipulation, directement sur la tête du tiers bénéficiaire.

L'article 1122 décide simplement que la créance ou la dette créée directement en la personne du stipulant sera transmissible après son décès *et de son chef* à ses héritiers.

Il est certain que par « héritiers », il faut entendre ici non seulement les héritiers légitimes mais encore tous les successeurs universels, y compris les successeurs irréguliers, les légataires universels et à titre universel et les donataires de biens à venir par contrat de mariage.

Or, parmi ces héritiers, il peut s'en trouver qui n'étaient pas conçus au moment du contrat; ils pourront néanmoins en invoquer le bénéfice.

D'autre part, on est censé non seulement avoir stipulé mais encore *promis* pour soi et pour ses héritiers.

La Jurisprudence a fait application de ces principes dans de nombreuses circonstances : en matière d'élection de domicile, de compromis — du moins quand les héritiers sont tous majeurs —, de désistement. Dans l'arrêt Giraud ¹, la Cour de cassation a jugé que l'obligation de faire la rétrocession d'un immeuble se transmet aux héritiers même mineurs, de celui qui l'a contractée. Il semble bien que les futurs héritiers au moment où la promesse de rétrocession est intervenue n'étaient ni nés ni conçus.

1. Cass., 28 novembre 1871 D.P. 72. I. 18.

De même le vendeur d'un fonds de commerce qui s'engage par l'acte de vente à ne pas élever dans le même lieu ni même dans un certain rayon, un établissement semblable, contracte une obligation qui passe à ses héritiers, en ce sens que ceux-ci, garants du fait de leur auteur, ne peuvent pas sous peine de dommages-intérêts fonder un établissement de même nature dans cette même localité¹.

Toutefois, la règle de l'article 1122 comporte deux exceptions. Elle cesse de s'appliquer lorsque les parties ont formellement exprimé dans la convention la volonté de rendre le droit ou l'obligation intransmissible. Elle ne joue pas non plus lorsque le droit ou l'obligation est de sa nature, intransmissible et personnel ; il en sera ainsi toutes les fois que la convention est de telle nature que les obligations en résultant ne peuvent être remplies par l'héritier lui-même, comme elles l'eussent été par son auteur. Ce sera le cas de l'arbitrage et de la clause compromissoire. Une disposition expresse de la loi déclare même que certaines conventions, comme le louage d'ouvrage et d'industrie, la société, le mandat, prennent fin par la mort de l'une des parties.

1. V. *Répertoire Dalloz*, V° *Contrats*, n°s 223 et suiv.

CHAPITRE III

LA THEORIE MODERNE DES PERSONNES FUTURES

Section I. — Théorie générale.

Nous avons, dans les deux chapitres précédents, accompli un travail d'un intérêt juridique limité; mais ce travail était cependant nécessaire.

Il fallait d'abord rétablir les données historiques de la matière. Dans la Doctrine moderne, c'est d'ailleurs à M. Edouard Lambert que revient le mérite d'être le premier remonté aux sources. Or, comme nous l'avons vu, dans l'ancien Droit, la capacité des non-conçus était la règle en matière de legs, de libéralités avec charge, de stipulations pour autrui. Elle était admise par l'unanimité des auteurs, à l'exception de Nicolas Duval, par une Jurisprudence établie par maints arrêts, par le législateur, puisque l'ordonnance de 1731 (art. 2), celle de 1735 (art. 49) n'apportent à ce principe que des exceptions limitées. Ni l'article 725, ni l'article 906, ni enfin les travaux préparatoires ne permettent de supposer que le législateur du Code civil ait rompu avec cette tradition constante.

Il fallait ensuite retrouver dans les dispositions légales relatives aux êtres à venir ce qu'il y avait d'indiscutable. Nous avons pour cela exposé et interprété la lettre des textes en écartant tout ce qui n'en était pas la conséquence immédiate et logique.

Sur ces bases, il s'agit maintenant de construire. Voilà pourquoi ce chapitre est intitulé « La théorie moderne des personnes futures ».

Peut-on tout d'abord parler d'une incapacité *naturelle* des non-conçus ? L'exclusion des êtres à venir est-elle un principe de droit naturel, dicté par la logique et le bon sens de ces règles qui n'ont pas besoin d'être formulées par le législateur parce qu'elles vont sans dire ? S'agirait-il là d'un axiome juridique ? On ne saurait l'admettre. Car cette prétendue vérité n'a paru évidente ni aux jurisconsultes romains ni aux auteurs de l'ancien Droit. On prétend qu'il est absurde d'admettre qu'un acte juridique puisse créer des droits au profit d'une personne qui n'existera que plus tard. Il est difficile pourtant de qualifier d'absurde une idée qui a paru incontestable après de sérieuses discussions à des juristes comme Hotman, Furgole et Pothier¹. Peut-on vraiment soutenir que ces auteurs manquaient de ce bon sens qui, au dire de Descartes, est la chose du monde la mieux partagée.

Certes, il est logique qu'un contrat exige pour sa formation l'existence actuelle des deux parties.

Mais il n'est pas nécessaire que les titulaires des différents droits que ce contrat doit faire naître soient actuellement conçus. Et à cet égard, c'est le Code civil lui-même que l'on peut invoquer : si l'incapacité des non-conçus était dictée par le bon sens, il faudrait soutenir que les exceptions légales admises en matière de substitutions ou d'institution contractuelle sont absurdes. Car une règle de bon sens ne saurait s'accommoder d'exceptions.

On ne peut donc pas parler d'incapacité *naturelle* des êtres à venir. L'incapacité des non-conçus ne peut être qu'une incapacité *civile*, qui ne saurait être prononcée que par le législateur. Or, on ne trouve pas trace dans les textes d'une incapacité générale de ce genre.

C'est le cas ici de réfuter une objection « préalable ». L'esprit de la loi n'est-il pas d'une façon générale hostile aux personnes futures ? Les articles 725 et 906 ne

1. V. Edouard Lambert, *La stipulation pour autrui*, p. 209.

seraient-ils pas l'expression d'une règle plus générale d'incapacité des êtres à venir dont le Code serait imprégné ? On l'a soutenu.

Mais il y a un principe de droit positif dont on peut faire état : « La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. » Ce principe résultant des articles 902 et 1023 Code civil¹ concerne l'incapacité d'exercice. Mais il s'applique *a fortiori* à l'incapacité de jouissance dont les conséquences sont infiniment plus graves.

Il ne faut donc pas tenir compte d'un prétendu « esprit de la loi ». Il faut s'en tenir à la lettre des textes et ne pas étendre indûment la portée des incapacités édictées par le Code.

§ 1.

Sur quelle base va-t-on fonder la capacité juridique des personnes futures. On ne pourra obtenir cette base qu'en modernisant la notion classique du sujet de droit. Nous avons fait, dans l'introduction de cet essai, la critique de la conception *concrète* du sujet de droit. Nous avons indiqué que le droit n'était pas dans son essence l'expression d'une *volonté* agissante, mais l'expression d'un *intérêt* juridiquement protégé. Nous avons ajouté, que pour des raisons d'utilité pratique, il convenait de *personnifier* l'intérêt protégé. C'est par cette voie que les personnes futures pénétreront dans le domaine du Droit. Les êtres à venir seront des sujets de droit toutes les fois que l'intérêt futur qu'elles représentent peut être avec raison juridiquement protégé.

Ces cas sont plus fréquents qu'on ne pense. L'esprit de libéralité peut avoir des objets multiples et les voies qu'il emprunte sont fort diverses.

On peut citer la charge apposée à un legs par laquelle un testateur confie à un ami ou à une personne morale, publique ou privée le soin de récompenser cha-

1. A. Colin et H. Capitant, *Cours de Droit civil*, t. I, p. 76.

que année une ou plusieurs personnes remplissant certaines qualités. Ce seront aussi bien des personnes présentes que des personnes futures.

Citons encore l'assurance sur la vie, instrument pratique par lequel une personne, sans porter atteinte à l'intégrité de son patrimoine, grâce à une économie légère sur ses revenus constitue de bonne heure un capital qui sera versé à sa mort à ses enfants, qui pouvaient ne pas être conçus au moment où l'assureur lui a fait signer sa *police*.

Mais les êtres à venir ne se meuvent pas seulement dans la catégorie des actes juridiques à titre gratuit. Voici d'autres hypothèses :

L'un des caractères les plus intéressants des personnes morales modernes, des sociétés anonymes par exemple, c'est de pouvoir durer. Pour cela, il ne faut pas qu'elles se trouvent enfermées dans les limites étroites de la vie de leurs membres présents. Il faut qu'elles soient largement ouvertes à tous les êtres à venir. Certaines règles régissant les sociétés anonymes, relatives notamment à la forme des titres répondent justement à cette nécessité.

D'autre part, certains contrats d'utilité publique ne produisent pas seulement des effets entre les parties contractantes. Les clauses de ces contrats, en raison de leur destination pourront être ultérieurement invoquées par des êtres à venir. Il en sera ainsi dans tous les cas où l'autorité publique concède à un individu ou à une personne morale privée un monopole, à charge par lui ou par elle de respecter les conditions d'un cahier des charges.

On peut rapprocher de ce cas l'institution du contrat collectif qui tend à devenir un acte juridique d'utilité publique.

Dans toutes ces hypothèses, nous ferons remarquer que le droit bénéficie à une collectivité de personnes futures. Qu'il s'agisse dans tous ces cas d'*intérêts futurs*, cela n'est pas douteux. Que ces intérêts soient respectables, cela n'est également pas contestable.

Mais on objectera que la pratique ne saurait s'accommoder d'une incertitude prolongée sur l'existence même du titulaire du droit. Il n'y a pas plus de raisons de croire en effet qu'une personne future sera que de penser qu'elle ne sera pas. Être ou ne pas être, voilà la question.

Mais nous avons répondu par avance à cette objection. L'incertitude sur l'existence est susceptible de degrés. Elle est réduite au minimum lorsque le droit éventuel est constitué au profit d'une collectivité de personnes futures. Par le jeu d'une loi des grands nombres, ce droit éventuel risque moins de demeurer sans titulaire. Peut-on *pratiquement* parler d'incertitude sur l'existence lorsque les êtres à venir envisagés sont les bénéficiaires futurs d'un contrat collectif ou d'une charge apposée à un legs destiné à récompenser chaque année le meilleur étudiant de telle faculté. Voilà une constatation simple sur laquelle tout le monde tombera d'accord.

Mais l'objection demeure semble-t-il lorsque le droit dont il s'agit est consenti à une personne future *isolée*. L'incertitude sur l'existence atteint alors son degré maximum et il semble raisonnable de dire ici : le néant ne peut être sujet de droit. Cette assertion est vraie ou fausse suivant la nature du droit envisagé. Une personne future ne saurait être titulaire d'un droit actuel définitivement acquis ni même d'un droit conditionnel. Mais elle peut parfaitement être titulaire d'un droit éventuel et suivant une formule que nous avons déjà donnée : à une éventualité d'être peut correspondre une éventualité de droit.

Il convient dès lors d'analyser cette notion de droit éventuel, que quelques auteurs ont spécialement étudiée¹.

Certaines institutions du Droit privé sont destinées à permettre une *anticipation* normale du présent sur l'avenir. Cette anticipation peut être réalisée à des degrés

1. Demogue, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1905, p. 723.

variables. La naissance d'une obligation peut dépendre d'un *terme*, c'est-à-dire d'un événement futur et *certain*. L'existence d'un droit peut encore être tenue en suspens par une condition, c'est-à-dire par un événement futur et *incertain*, sans lien direct avec les éléments essentiels de la convention initiale. Ainsi, un particulier achète une maison sous la condition suspensive qu'il se retirera des affaires. Ce contrat donne naissance à un droit conditionnel. En effet, du strict point de vue de la technique juridique, cette convention est *parfaite*; il ne lui manque simplement que d'entrer en action.

Mais l'événement futur et incertain que les parties ont eu en vue peut être un fait que la loi érige en élément essentiel de l'acte juridique. L'acte est pour l'instant imparfait, mais il est *valable*. Nous en sommes aujourd'hui au principe de la succession possible dans les éléments du contrat. Ainsi, tout acte juridique doit avoir un *objet*. Or, la loi autorise les parties à prendre comme objet de leur convention une chose qui n'existe pas encore, mais dont on a prévu l'existence, une récolte prochaine par exemple. C'est l'objet de l'obligation qui est ici éventuel.

Mais si l'on peut stipuler une chose future, solution traditionnelle qui remonte au Droit romain et à l'ancien Droit, pourquoi ne pourrait-on pas stipuler au profit d'une *personne* future. Ce rapprochement entre le sujet et l'objet a été fait par Ranchin : « Et sicuti spes personae quae speratur facit valere talem donationem. »¹ Furgole exprimera la même idée.

Si la chose vendue n'existe pas encore, l'obligation de transmettre la propriété ne s'en est pas moins formée, mais faute d'objet transmissible, elle n'a pu produire l'effet que l'article 1138 Code civil y attache. Cet effet se trouve reporté au moment de la naissance de l'objet. De la même façon l'effet de la stipulation au profit d'une personne future se trouvera reporté à l'époque de la naissance de cette personne.

1. Ranchin, sur la question 267 de Guy Pape.

Nous avons ainsi rapproché le sujet futur de l'objet futur. Mais il y a mieux.

Le consentement lui-même de l'un des contractants peut être éventuel : « Je vous promets de vous vendre ma maison pour tel prix, si je me décide à la vendre un jour donné. » L'éventualité du consentement peut également se produire dans un contrat de prêt ou de louage.

Si l'on admet dans un acte juridique l'efficacité du consentement futur d'un être présent, il ne reste plus qu'un pas à franchir pour admettre l'efficacité du consentement éventuel d'un être futur.

M. Demogue a pu dire : « Le consentement, c'est la personne même envisagée en tant que volonté à un moment donné. Si on peut parler de consentement éventuel, pourquoi ne pas parler d'un participant éventuel à un acte juridique. » ¹

A défaut d'une prohibition expresse de la loi, rien ne s'oppose à ce que le titulaire d'un droit ne naisse qu'après que le droit lui-même est né.

Ainsi, le Droit privé institue entre les diverses obligations une véritable hiérarchie. Par ordre d'efficacité croissante, on citera les obligations actuelles, les obligations à terme, les obligations conditionnelles et les obligations éventuelles.

Les droits éventuels nous mettent en présence d'une catégorie de droits qui ont encore moins d'efficacité juridique que les droits conditionnels. Les effets des droits conditionnels sont encore appréciables. En outre, dès que la condition prévue est réalisée, l'effet de la condition accomplie rétroagit au jour de la convention initiale. Il n'en est pas de même avec les droits éventuels. Tant que l'éventualité ne s'est pas produite, on ne saurait attribuer à l'obligation un effet quel qu'il soit.

Il suffit simplement que le promettant qui s'est obligé envers une personne future, soit toujours en mesure d'exécuter son obligation si l'éventualité venait à se produire. Il n'aurait pas le droit de se mettre volontaire-

1. Demogue, *op. cit.*, *ibidem*.

ment dans l'impossibilité de le faire. Si le promettant agissait de la sorte, le stipulant pourrait prendre des mesures conservatoires destinées à rendre toujours possible l'exécution de l'obligation.

Mais en revanche, le stipulant pourra toujours révoquer la stipulation faite au profit d'une personne future. Celle-ci n'a aucun droit acquis. Personne n'aurait qualité pour prendre des mesures en son nom, en vue d'empêcher la révocation de la stipulation.

On ne peut donc pas parler de rétroactivité de l'éventualité. Il y a cependant un minimum de rétroactivité à admettre : c'est la faculté pour la personne future, lorsqu'elle sera conçue de réclamer le droit ouvert antérieurement à sa conception, s'il n'a pas été révoqué.

C'est dans cette faible mesure que la réalisation de l'éventualité rétroagit dans le passé.

Ainsi, le droit auquel donnent naissance les obligations éventuelles est « en sommeil » en l'absence d'un titulaire *actif*. Mais ce n'est pas là un fait exceptionnel. La pratique nous fournit d'autres exemples de situations de ce genre : « Est-il utile de se donner le plaisir de dire : il y a toujours eu un propriétaire, quand le langage, fidèle observateur des faits, nous indique qu'il y a une « situation spéciale », une affaire en liquidation, une succession qui n'est pas encore réglée. »¹

Au point de vue strictement juridique, pendant la période d'attente, il y aura un débiteur sans créancier actuel. Nous avons vu que cela était parfaitement concevable. Certes, un droit réel sans titulaire est juridiquement inadmissible, bien que les droits réels, il est vrai, aient été par quelques auteurs assimilés aux droits de créance.

N'a-t-on pas vu dans le droit de propriété une obligation passive universelle ?

Mais nous ne saurions accepter cette thèse. Le droit réel est un droit *absolu* portant sur une chose et qui s'exerce sans que le titulaire ait besoin du concours d'un

1. Demogue, *op. cit.*, *ibidem*.

tiers quelconque. On ne saurait conférer ce droit à une personne future et ainsi s'explique notamment la prohibition de l'article 725. Le droit de créance est au contraire un droit relatif. Il met une personne et cette personne seule au service du créancier¹. Si cette personne s'est obligée, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même de l'incertitude pesant sur l'existence même de son créancier.

La capacité des personnes futures se trouvera donc restreinte, selon nous, à la catégorie des droits de créance.

Nous avons vu dans cette situation une application de la théorie du *debitum* et de l'*obligatio*. Durant la période d'attente, le *vinculum juris* se trouvera scindé en ses deux éléments, « *debitum* (schuld) et « *obligatio* » (haftung). Durant cette phase, seul le « *debitum* » demeurera. L'élément « *obligatio* » (haftung) ne sera susceptible d'entrer en action qu'au moment de la naissance ou tout au moins de la conception de la personne future envisagée.

Les notions de droit éventuel et de personne future correspondent dès lors à des réalités juridiques. C'est sur ces bases que pourrait être assise la théorie des personnes futures.

§ 2.

Mais comment admettre la chose du point de vue technique. Il faut à cet égard examiner comment un droit peut se fixer sur la tête d'un titulaire sans manifestation de volonté de sa part et comment, de plus, on peut réduire *pratiquement* au minimum, les inconvénients de l'incertitude sur l'existence même du titulaire du droit.

En ce qui concerne le premier point, c'est ici l'occasion de rappeler une formule que nous avons déjà donnée. Les personnes futures pourront intervenir dans tous

1. A. Colin et H. Capitant, t. I, p. 104-105.

les actes juridiques pour lesquels l'acquisition du droit n'exige pas une manifestation de volonté actuelle.

La coexistence des contractants est un élément essentiel de la formation du contrat. Un individu stipule, l'autre promet. Le rapport juridique devient d'ailleurs plus complexe s'il s'agit d'un contrat synallagmatique.

Quoi qu'il en soit c'est en raison de cette nécessité de la coexistence que les dispositions directes au profit de personnes futures sont interdites en Droit français.

Mais quand, au contraire, deux personnes contractent afin d'en gratifier une troisième, ou de faire naître un droit à son profit, peu importe que celle-ci ne soit pas encore conçue puisque son acceptation n'est pas pour le moment nécessaire¹. Il en sera ainsi dans le cas de stipulation pour autrui, puisque le tiers bénéficiaire acquiert par le fait seul de la promesse faite au stipulant un droit de créance contre le promettant. Le droit prend naissance avant que le tiers bénéficiaire ait manifesté son intention d'accepter le bénéfice de la stipulation. L'être à venir trouvera, le jour où il viendra au monde, un droit éventuel qui n'attendait que sa naissance pour prendre corps et qui pouvait tenir debout sans son intervention parce qu'il sortait d'un contrat valablement formé entre deux autres personnes.

L'acceptation (et à cet égard nous écartons la théorie de l'offre) n'a pas un effet *créateur*. Elle ne fait que confirmer le droit de créance existant déjà au profit de la personne future. L'obligation du promettant envers le stipulant s'est formée, mais l'effet en est reporté à l'époque où le bénéficiaire sera venu au monde.

Il en est de même pour le bénéficiaire d'une charge apposée à un legs. Le droit de demander l'exécution de la charge existe indépendamment de toute manifestation de volonté de sa part. Le légataire est d'ores et

1. En ce sens : Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil*, t. VI, avec le concours de M. Esmein, n° 368. — A. Colin, H. Capitant et Julliot de la Morandière, *Cours de Droit civil*, t. II, n° 137. — M. Henri Capitant semble avoir abandonné cette façon de voir dans une note sous Paris, 17 décembre 1935, D. P. 1936.2.89.

déjà obligé. Le bénéficiaire d'une charge pourra donc être une personne future.

On pourrait, il est vrai, dire la même chose de l'héritier ou du légataire qui acquiert la succession ou le legs *à leur insu* le plus souvent, *dès le moment du décès*. Ils ne font ensuite que confirmer leurs droits par leur acceptation ultérieure. Ils sont cependant incapables de succéder ou de recevoir à titre gratuit, s'ils n'étaient pas conçus au moment du décès. Mais c'est alors parce que des textes spéciaux s'opposent à l'admission des non-conçus.

Ces textes n'existent pas en matière de stipulation pour autrui ou de legs avec charge.

Nous admettons de la même façon la capacité des non-conçus en matière d'engagement par volonté unilatérale puisque celui qui en est l'auteur est tenu, dans certains cas, avant même qu'une personne ait déclaré vouloir profiter de cet engagement. Mais la nature particulière de cette source d'obligations nécessite des explications complémentaires. Il semble bien que l'engagement par volonté unilatérale ne prend le caractère obligatoire que pour des raisons de sécurité juridique lorsque les tiers ont pu normalement *tenir compte* de cette offre. On a même déclaré que cet engagement n'était obligatoire que dans la mesure où la psychologie publique l'exigeait. Or, il ne se rencontre pas, en principe, de personnes futures qui aient pu compter sur un engagement de ce genre. Celui qui en a été l'auteur pourra donc à tout moment le révoquer.

Il est sans doute assez rare de voir une personne s'engager par volonté unilatérale envers des personnes physiques non conçues. Un engagement envers des personnes morales futures est plus normal. Nous avons cité l'exemple de la promesse de récompense faite par un particulier aux personnes morales qui se constitueront postérieurement à telle date, et qui auront pour but le développement de telle branche de l'activité nationale. Les fondateurs d'une personne morale future dont le but rentre dans le cadre de la promesse en question ont pu

légitimement tenir compte de cet engagement qui ne sera plus, dès lors, révocable au gré de son auteur.

Ce que l'on rencontre enfin beaucoup plus fréquemment, c'est l'engagement par volonté unilatérale envers des personnes présentes et futures à la fois. C'est ainsi que s'analysent les engagements des grandes sociétés envers le public, dont l'exemple le plus intéressant est celui des titres à ordre et au porteur. L'engagement envers les personnes présentes sert en effet de support juridique à l'engagement en faveur d'êtres éventuels. Les personnes présentes assurent la permanence du caractère obligatoire de l'offre, en attendant la naissance ou tout au moins la conception des êtres à venir.

*
**

Peut-on gérer l'affaire d'une personne future ? La capacité des personnes futures en matière de gestion d'affaires a été admise sans trop de difficultés. Cette théorie était très utile à l'époque où l'on se refusait à admettre que l'on puisse stipuler au profit d'une personne future. Ainsi, avant la loi de 1898, pour baser l'action directe de l'ouvrier contre l'assureur, en cas d'assurance-accidents, certains arrêts décidaient que le patron en s'assurant n'avait fait que gérer l'affaire des ouvriers présents et futurs.

On a également soutenu la théorie de la gestion d'affaires en matière de conventions collectives de travail, de contrats d'utilité publique.

M. Edouard Lambert a critiqué cette jurisprudence relative à l'assurance-accidents. D'abord parce qu'elle dénaturait la volonté des parties. Et cela nous le croyons sans peine. Mais aussi pour une autre raison. « On ne peut gérer l'affaire d'une personne future. Par suite de la ratification, le géré se trouve dans la situation d'un mandant. Il est censé avoir été dès le début co-contratant. Or, une personne future ne peut pas être partie à un contrat.

» Cette règle dictée par le bon sens se trouvait cependant écartée dans la pratique des donations unilatérales. Mais cette pratique a déjà été condamnée par l'ancien

Droit. Et la prohibition de l'article 906 du Code civil s'applique à tous les contrats, qu'ils soient passés directement ou par mandataire. »¹

Ainsi, M. Edouard Lambert a justifié l'exclusion des non-conçus dans l'ordre de la gestion d'affaires par l'effet rétroactif de la ratification.

Nous n'approuvons pas cette façon de voir car la ratification n'est pas de l'essence de la gestion d'affaires.

On a pu écrire : « Loin d'être une condition d'existence de la gestion d'affaires, la ratification la fait disparaître puisqu'elle lui substitue le mandat. »² Le maître est, en effet obligé indépendamment de toute ratification, dès lors que l'affaire a été bien administrée (art. 1375 Code civil). Il faut donc se placer au moment où se produit l'acte ou le fait juridique antérieur à la conception de la personne future envisagée.

A ce moment, il est certain qu'un contrat est juridiquement impossible en raison de l'absence de « *concur-sus voluntatis* ». Un contrat exige une manifestation de volontés concurrentes. Or, une personne future n'a pas de volonté.

Mais précisément en matière de gestion d'affaires, un *engagement se forme sans convention* (art. 1370 Code civil).

Certes, dans la mesure où la gestion d'affaires crée des *droits au profit* de personnes futures, cette capacité reconnue aux êtres à venir ne présente pas un grand intérêt dès lors que l'on admet la validité de la stipulation pour autrui au profit de personnes futures. Cette admission des non-conçus en matière de gestion d'affaires est au contraire fort utile en tant qu'elle permet de faire naître *une obligation à la charge* d'une personne future. Nous retrouverons cette question plus bas.

*
**

Le porte-fort est plus qu'un gérant d'affaires : il dépasse le cadre des actes d'administration et il promet

1. Edouard Lambert, *La stipulation par autrui*, p. 314.

2. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 305. Commentaire de M. Henri Mazeaud sur un arrêt de la Cour Suprême de Pologne du 21 novembre 1934.

une ratification ¹. Nous admettrons cependant que l'on puisse se porter fort pour une personne future. La jurisprudence a eu l'occasion de l'admettre pour les personnes morales futures et les tribunaux ont validé fréquemment l'engagement par lequel un fondateur se portait fort pour une société en formation.

Un arrêt récent de la Cour de Colmar du 2 juillet 1936 ² vient cependant de décider que l'obligation de porte-fort n'étant à considérer que comme accessoire par rapport à l'obligation principale dont la ratification est demandée, sa validité suppose implicitement l'existence de ce tiers dont le porte-fort a garanti la ratification. Tel n'est pas le cas lorsque le tiers dont il s'agit est une société en formation qui, par la suite, n'a pas été légalement constituée. La Cour de Colmar s'est, en conséquence, refusée à faire produire effet à l'engagement du porte-fort.

Cette décision est critiquable. L'obligation du porte-fort résulte d'un engagement personnel, celui de rapporter une ratification. Le défaut de ratification résultant du défaut d'existence équivaut pour le stipulant au défaut de ratification résultant du refus exprès de la personne morale ultérieurement créée. Dans les deux cas, la responsabilité personnelle du porte-fort doit être engagée, sous réserve des restrictions admises par la convention des parties.

Ces observations s'appliquent également à la clause de porte-fort pour une personne physique future, dont la validité nous paraît certaine. Et ce n'est pas là une vue toute théorique.

On peut concevoir pratiquement des hypothèses où une promesse de ce genre présentera quelque utilité. Ainsi, un syndicat ouvrier passe une convention collective de travail avec un syndicat patronal. Il serait souhaitable que le syndicat ouvrier se porte fort *par con-*

1. Jean Boulanger, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse Caen, 1933.

2. *Gaz. Trib.*, 13-14 janvier 1937.

vention expresse de l'exécution par les ouvriers présents et futurs qui adhéreront au syndicat, des obligations mises à leur charge par la convention. Comme nous le verrons plus bas, les conventions collectives ne contiennent pas uniquement des dispositions dans l'intérêt des ouvriers. Par certaines de leurs clauses, en matière d'arbitrage et de cessation concertée du travail, elles peuvent imposer aux ouvriers présents et futurs des obligations précises.

L'efficacité juridique et sociale de la convention collective se trouvera accrue si l'on admet, comme nous le pensons, que le syndicat ouvrier peut se porter fort pour les ouvriers présents et futurs du respect par ces derniers des engagements pris en leur nom dans la convention collective.

La responsabilité pécuniaire du syndicat n'est pas un vain mot depuis la loi du 12 mars 1920¹, qui a conféré aux syndicats du point de vue patrimonial, une très large capacité.

En raison de la possibilité d'un engagement se formant sans convention, nous admettrons de la même façon qu'une personne future puisse être titulaire d'un droit de créance éventuel fondé sur un délit ou un quasi-délit commis à son détriment. Certes, il ne se rencontre pas de personnes physiques futures qui aient pu être victimes d'un délit ou d'un quasi-délit. La chose est, au contraire, parfaitement concevable s'il s'agit d'une personne *morale* future. Nous retrouverons cette hypothèse dans le livre II, 1^{re} Partie de cet Essai. Nous pouvons d'ores et déjà indiquer le cas où, durant la période constitutive d'une société, un des fondateurs commet certains détournements. La société ultérieurement constituée aura parfaitement le droit de se constituer partie civile pour demander réparation du préjudice subi à un moment où elle n'était pas encore *née*.

Examinons maintenant le second aspect du problème. Peut-on faire naître une obligation à la charge d'une

1. D. P. 1920.4.81.

personne future ? Nous avons vu qu'en principe la chose ne devait pas être admise. On ne doit pas et on ne peut pas devenir débiteur malgré soi. Dans certains cas exceptionnels, la chose sera cependant *légitime* et *possible*. Elle sera *légitime* toutes les fois que l'obligation mise à la charge de la personne future envisagée est le corollaire nécessaire d'un avantage qu'elle recueille. Elle sera *possible* toutes les fois que la dette pourra naître sans convention, en l'absence d'une manifestation de volonté de la personne future débitrice. Ce sera le cas en matière de gestion d'affaires.

On ne rencontre pour ainsi dire pas l'hypothèse d'une obligation mise à la charge d'une personne physique future. On conçoit mieux la possibilité d'une obligation mise à la charge d'une personne morale future, d'une société en formation par exemple. Nous aurons l'occasion de voir ailleurs que ce cas s'est fréquemment présenté en jurisprudence. Si la chose est admise pour les personnes morales futures, elle doit être *théoriquement* admise pour les personnes physiques futures.

Nous avons ainsi examiné du point de vue technique dans quelles circonstances une personne future pouvait voir naître un droit à son profit ou une obligation à sa charge. Nous avons vu que la chose était possible toutes les fois que le droit ou l'obligation prenaient naissance en l'absence même d'une manifestation de volonté de la part du titulaire du droit ou de l'obligation.

*
**

Reste le second point : Comment réduire pratiquement les inconvénients de l'incertitude sur l'existence même du titulaire du droit ?

Dans le cas de stipulation pour autrui, ou de legs avec charge, la présence d'un *intermédiaire*, stipulant ou légataire, constitue un palliatif suffisant contre l'incertitude sur l'existence du bénéficiaire. En attendant le jour où l'être futur parviendra à la vie, le droit sera sauvegardé par cet intermédiaire qui assurera ainsi suivant l'antique expression d'Adrien Maillart, la « continuation de

la possession » entre le disposant et l'être futur. Durant la période d'attente l'intermédiaire sera tenu d'être toujours en mesure d'exécuter l'obligation mise à sa charge.

Cette période d'attente sera encore moins gênante si la stipulation est consentie au profit d'une collectivité de personnes présentes et futures à la fois, puisqu'avant la naissance des êtres à venir, les personnes présentes, par leurs acceptations successives, assureront la permanence de la stipulation.

Ayant ainsi esquissé les grandes lignes de la théorie moderne des personnes futures, nous allons voir les applications pratiques qu'il y a lieu d'en faire. Ce sont les suivantes : la libéralité avec charge, l'assurance sur la vie, la « clause de continuation », en matière de sociétés, la collection collective de travail, les contrats d'utilité publique, les cautionnements de droit administratif.

Les personnes futures peuvent intervenir dans tous ces actes juridiques. Elles interviennent enfin dans le fonctionnement économique et juridique des sociétés par actions.

Section II. — Les applications pratiques.

§ 1. — LA LIBÉRALITÉ AVEC CHARGE.

Les arrêts et les auteurs ont collaboré en vue de donner droit de cité aux personnes futures toutes les fois que les nécessités juridiques qui servaient de base aux articles 906 et 725 n'étaient plus en cause.

L'une des exceptions les plus importantes admise par la jurisprudence et les auteurs concerne la matière des legs avec charge.

Une personne qui veut gratifier un enfant non conçu à l'époque de son décès peut user d'un moyen fort licite. Elle imposera dans son testament à son légataire universel la charge de remettre telle somme ou tel objet à l'enfant qui naîtra de telle personne déterminée. Ce ne sera plus une libéralité adressée à un individu qui n'existe pas encore, mais simplement la condition d'une libéra-

lité faite à une personne capable. Aucune loi ne prohibe un acte juridique de ce genre.

On a sans doute rappelé la prétendue incapacité naturelle dont sont frappés les non-conçus. M. Bertauld a ainsi écrit : « Il ne nous est pas donné de comprendre comment on peut gratifier le néant, une éventualité d'être. Pour créer un droit, ne faut-il pas une personne qui puisse en être titulaire ? Comment même sous une forme indirecte songer à faire arriver un bienfait à un destinataire qui n'existe pas encore, qui n'existera peut-être jamais, ou qui, s'il vient à exister pourra n'exister que dans vingt-cinq ans, sinon dans cent ans » ¹.

De pareilles façons de penser traduisent une conception assez simpliste du droit. Raisonner ainsi, c'est méconnaître la tradition historique, c'est méconnaître l'existence en Droit positif de la catégorie des droits éventuels juridiquement distincts des actes conditionnels. C'est méconnaître que le légataire est le véritable propriétaire des biens légués, et que la personne future est simplement titulaire d'un droit de créance éventuel.

Le legs avec charge a fait cependant l'objet de critiques plus sérieuses.

Un vieil auteur, M. Bayle-Mouillard, a écrit que ce procédé se trouvait condamné par l'article 911 du Code civil. Le légataire est ici une personne interposée par l'intermédiaire de laquelle on fait parvenir au bénéficiaire de la charge une libéralité qu'il est incapable de recevoir aux termes de l'article 906.

M. Bertauld a repris cette thèse : « Les articles 906 et 910 du Code Napoléon, dit-il, ne deviendraient-ils pas des lettres mortes si le disposant pouvait par un moyen indirect faire parvenir des libéralités à des incapables, sous la seule condition qu'à une époque quelconque les bénéficiaires de ces libéralités deviendraient capables » ².

Cette doctrine, en droit strict, pourrait être soutenue.

1. Note sous Caen, 12 novembre 1869, D. P. 69.2.225.

2. *Idem.*

Mais elle serait par trop contraire à la tradition historique qui permet d'interpréter l'article 906 comme interdisant uniquement les libéralités directes. Elle rendrait d'autre part impossibles certaines dispositions de dernière volonté dignes d'intérêt.

La question s'est présentée en jurisprudence à propos des fondations. À cet égard il faut signaler que la matière des fondations fait intervenir deux catégories de personnes futures distinctes.

Le bénéficiaire futur de la charge apposée à un legs peut être *l'établissement à fonder*, et pour lequel le légataire désigné demandera plus tard la reconnaissance d'utilité publique. Les biens ayant fait l'objet de la fondation appartiendront au légataire désigné jusqu'au jour où la fondation obtiendra la reconnaissance légale. Nous retrouverons ce point lorsque nous parlerons des personnes morales futures.

Mais d'autre part, on peut faire une fondation nouvelle sans se préoccuper de créer une institution autonome, indépendante et jouissant dès le début de la personnalité civile. Le testateur adressera alors le legs à une personne physique, ou bien à un établissement public ou d'utilité publique, à charge par eux d'affecter les biens qui en font l'objet à une destination déterminée. Les bénéficiaires de la charge sont ici *directement* les personnes physiques présentes et futures définies dans la libéralité initiale.

Ainsi, un particulier lègue à la ville où il est né une rente destinée à doter chaque année plusieurs jeunes filles pauvres. Ce legs ne sera-t-il pas valable ? On ne saurait le soutenir et pourtant les jeunes filles qui se verront dotées dans l'avenir n'étaient pas conçues à l'époque du décès du testateur. Cela est vrai, mais elles ne sont pas légataires. La légataire est la ville au profit de laquelle la libéralité a été adressée, « sub modo ». Au moment où la ville remplit la charge, elle ne fait aucune fraude à la loi. Il n'y a pas de raison sérieuse pour condamner ce procédé.

Il y aurait d'autres exemples : legs à une commune à

charge de distribuer des secours aux pauvres ; legs à une Académie à charge de distribuer des récompenses aux étudiants qui se sont particulièrement distingués. Ainsi, chaque année, la Faculté de Droit de Paris, légataire de M^{me} de Beaumont, accomplit la charge dont son legs a été assorti, en décernant un prix à celui des étudiants en doctorat qui a fourni le meilleur mémoire.

Certes, dans cette matière des fondations, la charge profite à une *collectivité* de personnes futures. Mais la jurisprudence a eu également à statuer en dehors de ces hypothèses spéciales sur la validité d'un legs avec charge au profit *d'enfants à naître*. L'arrêt Leprestre contre Badin¹ est à cet égard significatif. Voici l'espèce. Leprestre lègue à son fils la quotité disponible de ses biens, à charge par lui de les conserver et rendre à ses petits-enfants nés et à naître. De plus les revenus des biens grevés de substitution devront être capitalisés par les soins d'un administrateur spécial pour le compte particulier de ces petits-enfants appelés à la substitution. On a soutenu devant la Cour de Caen que la clause de capitalisation constituait un legs des revenus, une sorte de legs d'usufruit fait par le testateur directement à ses petits-enfants nés et à naître, c'est-à-dire à des personnes ni nées ni conçues lors de son décès et par suite un legs nul et inexistant aux termes de l'article 906. La Cour de Caen a au contraire estimé que Leprestre n'avait fait en réalité qu'un seul legs portant sur la quotité disponible grevé de substitution, et assorti de la charge pour le légataire son fils, de laisser les revenus se capitaliser pendant un certain délai et dans des conditions déterminées dans l'intérêt de ses petits-enfants et en vue de leur assurer entre autres une instruction en rapport avec leur situation de fortune. Dès lors, si les personnes qui ne sont ni nées ni conçues sont incapables aux termes de l'article 906 de recevoir par testament ou donation une libéralité, rien ne les empêche de la recueillir comme bénéficiaires d'une charge imposée à un légataire ou à un donateur capable.

1. Caen, 15 novembre 1906, D. P. 1907.2.265, note Planiol, S. 1907.2.313.

La Chambre des requêtes, ultérieurement saisie, a confirmé la thèse de la Cour de Caen, par arrêt en date du 6 mai 1908¹.

Cette décision a été critiquée. M. de Moustier² a estimé qu'il s'agissait en l'espèce d'une libéralité d'usufruit adressée directement à des personnes futures. Il se base sur le fait que le disposant a fait tout ce qu'il a pu pour éviter l'intervention du légataire son fils, en confiant à un tiers le soin de capitaliser. Ces critiques ne nous paraissent pas fondées, car cette circonstance sur laquelle M. de Moustier a insisté est tout à fait accessoire et ne saurait modifier la nature juridique de la disposition qui s'analyse bien en un legs avec charge.

Il convient maintenant d'examiner si le bénéficiaire d'une simple charge possède une action pour en réclamer l'exécution dans des cas où il aurait été incapable de recevoir un legs faute d'avoir l'existence légale au jour du décès du testateur.

M. Labbé³ a soutenu autrefois la négative. Plus libéral que d'autres auteurs, il admettait que des personnes futures puissent bénéficier d'une charge apposée à un legs ; mais à une condition : c'est qu'on n'en fera pas sortir une action au profit du tiers ; celui-ci ne sera protégé que par l'action en révocation, qui naîtra, au décès du testateur, en la personne de ses héritiers. Cependant, si le légataire a commencé à exécuter son obligation, ce commencement d'exécution donnera naissance à un engagement personnel de sa part et munira le tiers d'une action.

Mais il est facile de remarquer que ce commencement d'exécution serait sans cause, si le tiers ne possédait pas un droit antérieur. D'autre part, le refus d'action serait un véritable recul par rapport aux solutions traditionnelles⁴. Le Droit romain avait en effet attribué une force

1. Req., 6 mai 1908, S. 1910.1.297.

2. Yvan de Moustier, *Dispositions au profit des personnes indéterminées et futures dans le Droit français*, Rennes, 1925, p. 162.

3. S. 70.2.145.

4. Planiol, note sous Caen, 15 novembre 1906, D. P. 1907.2.265.

obligatoire aux fideicommiss de toute sorte imposés aux légataires. De plus cette distinction entre le droit et l'action est assez peu conforme à l'esprit du droit moderne.

Nous admettrons dès lors que la personne future aussitôt après sa naissance, sera munie d'une action pour réclamer l'exécution de la charge imposée à son profit¹. Il restera toujours assez de cas dans lesquels l'exercice de l'action sera impossible en raison de l'indétermination des bénéficiaires, lorsque ceux-ci devront être choisis par le légataire comme le sont les titulaires des prix de vertu décernés par l'Académie Française².

Le procédé de la charge permet donc d'atteindre des résultats semblables à ceux que le legs direct permet d'obtenir. Mais il faut cependant signaler quelques particularités. Il y a tout d'abord une différence remarquable au point de vue du mode d'exécution, entre les deux procédés. Ainsi les pauvres d'une commune peuvent être gratifiés de deux manières différentes. Le legs peut être adressé *directement* aux pauvres. Dans ce premier cas, le bureau de bienfaisance de la commune, en sa qualité de *représentant légal* des pauvres présents et futurs de la commune réclamera en leur nom le legs qui leur est fait. Mais le testateur peut également imposer à ses héritiers à titre de *charge* l'obligation de distribuer en œuvres charitables les revenus de certains biens déterminés. Or, dans ce second cas, le bureau de bienfaisance ne pourra pas se substituer à l'héritier pour l'exécution de la charge³.

La nature particulière ainsi reconnue à la charge d'hérédité entraîne une autre conséquence remarquable au

1. Req., 21 juin 1870, D. P. 71.1.97; Req., 8 avril 1874, D. P. 76.1.225.

2. Cf. Trib. civ. Corbeil, 23 octobre 1935, *Gaz. Pal.* 1935.2.801. Ce jugement a d'ailleurs été réformé par la Cour de Paris dans son arrêt du 12 novembre 1937, *Gaz. Pal.* 1937.2.920. — La Cour de Paris a décidé avec beaucoup de hardiesse que les volontés du testateur s'analysaient non en une charge de l'hérédité au profit de bénéficiaires indéterminés, mais en un legs adressé à la commune du testateur, avec charge au profit des mêmes bénéficiaires. Malgré cette interprétation, l'exercice de l'action en exécution de la charge demeurera impossible, tant que les bénéficiaires n'auront pas été déterminés par la commune elle-même.

3. Req., 28 juillet 1903, D. P. 1905.1.425, note signée M. P.

point de vue fiscal. Le bien grevé de charge entre dans le patrimoine du légataire ou de l'héritier et supporte à ce titre un premier droit de mutation ; puis, quand la distribution en est faite plus tard conformément à la volonté du disposant à des tierces personnes ou à des établissements de bienfaisance, il se produit une seconde mutation qui rend exigible le droit de donation entre vifs sur les actes d'acceptation de ces libéralités¹.

La capacité des personnes futures en matière de charge apposée à un legs doit être également reconnue en matière de charge apposée à une donation. Toutefois, dans ce dernier cas, la qualification diffère : la donation avec charge rentre en effet dans le cadre de la stipulation pour autrui. Aux termes mêmes de l'article 1121 du Code civil, il s'agit de « la condition d'une donation que l'on fait à un autre ».

Mais le mécanisme de l'institution est le même, et les arguments que nous avons donnés valent pour l'un et l'autre cas qui peuvent être réunis dans la catégorie générale des libéralités avec charge. La création de cette catégorie distincte de la catégorie des libéralités directes a permis d'éviter l'application des règles restrictives de l'article 906. Comme l'a souligné M. François Gény, c'est là un résultat précieux de la technique juridique.

§ 2. — L'ASSURANCE SUR LA VIE.

L'assurance sur la vie stipulée au profit « des enfants à naître », c'est-à-dire des enfants non encore conçus au moment de la signature du contrat, est-elle valable ? Crée-t-elle au profit de ces derniers un droit propre qui permettra aux enfants conçus ultérieurement de recueillir directement le capital fixé dans la police ?

Cette question a fait l'objet d'une controverse célèbre à laquelle la loi du 13 juillet 1930² relative au contrat d'assurance n'a pas donné une solution vraiment défini-

1. Civ., 6 juillet 1871, D. P. 71.1.343.

2. D. P. 1931.4.35. V. Henri Capitant, « La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurances », n° 76, Paris, 1930, extrait de la *Revue générale des assurances terrestres*, n° de juillet-octobre 1930.

tive. L'article 63 de cette loi s'exprime en effet en ces termes : « *Est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés, la stipulation par laquelle le contractant attribue le bénéfice de l'assurance soit à ses enfants et descendants nés ou à naître, soit à ses héritiers, sans qu'il soit nécessaire d'inscrire leur nom dans la police ou dans tout autre acte ultérieur contenant attribution du capital assuré. L'assurance faite au profit de la femme de l'assuré profite à la personne qu'il épouse, même après la date du contrat* ». Nous avons souligné les termes mesurés employés par la loi. Elle vise exclusivement les enfants à naître de l'assuré, dont elle ne dit pas d'ailleurs qu'ils sont capables, mais simplement que l'assurance faite à leur profit est *considérée comme* adressée à des bénéficiaires déterminés.

Ce texte peut-il être étendu aux enfants nés ou à naître d'un tiers quelconque ? Et si on admet l'affirmative, doit-on admettre que cette assurance ne profitera qu'aux enfants qui seront nés ou tout au moins conçus au moment du décès de l'assuré ? La loi est muette sur ces points. On pourrait même soutenir que cet article 63 fournit un excellent argument *a contrario* contre la capacité des non-conçus en général en matière d'assurance sur la vie.

Le texte de la loi n'étant pas péremptoire, le débat reste, dans une certaine mesure, ouvert, et nous croyons utile de retracer à larges traits le développement de la jurisprudence de la fin du xix^e siècle et du commencement du xx^e, relative à l'assurance sur la vie souscrite au profit des enfants nés et à naître.

Dans une première phase la jurisprudence a admis la validité de cette clause. Elle en déduisait cette conséquence que le bénéfice de l'assurance était exclu de la succession et profitait directement et exclusivement aux enfants existant au moment du décès. Un arrêt de la Cour de Colmar du 27 février 1865¹ exprime bien cette tendance. Interprétant la volonté de l'assuré qui avait

1. S. 65.2.337.

stipulé que le capital devrait être payé à ses héritiers, elle décida qu'« en désignant comme bénéficiaires du contrat d'assurance ses héritiers, l'assuré s'était servi pour exprimer sa volonté, du langage usuel, dans l'acception vulgaire, et non doctrinale du terme approprié à la circonstance, et par conséquent s'appliquant à des individualités et non à un être moral, son hérédité ».

La Cour ajoute cet attendu significatif : « Attendu que la situation lui commandait en quelque sorte l'emploi de la qualification d'héritiers pour désigner les bénéficiaires du contrat, parce que cette expression comprenait non seulement les deux enfants alors nés *mais encore ceux qui pouvaient survenir et qui auraient eu un égal droit à sa sollicitude paternelle* ».

Mais une réaction se produisit, à l'occasion de nombreux procès mettant en présence les enfants de l'assuré décédé en état de faillite ouverte, et le syndic, qui au nom de la masse des créanciers du défunt, demandait que le capital assuré figurât dans l'actif successoral et que l'on respectât l'adage « nemo liberalis nisi liberatus ». La majorité des Cours d'appel se prononça contre la validité de l'assurance contractée au profit des enfants nés et à naître, ou au profit des héritiers ou ayants-droit. La désignation de ces bénéficiaires était considérée comme nulle et non avenue puisque les expressions « enfants nés et à naître », héritiers et ayants-droit ne pouvaient désigner que des « personnes indéterminées, futures et incertaines ». Tels sont les termes accolés qui reviennent le plus souvent dans les arrêts.

La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. Il convient d'écarter de la discussion un arrêt de la Chambre civile en date du 7 février 1872¹ qui décida que le capital d'une assurance sur la vie stipulé payable aux « ayants-droit » de l'assuré fait partie de son patrimoine. Cet arrêt est en effet rendu en matière fiscale.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet

1. D. P. 72.1.209.

1875¹ se borna à affirmer le caractère souverain de l'appréciation des juges du fait. Aux termes de cette décision : « Il appartient au juge du fait de déclarer par une appréciation souveraine des termes d'un contrat d'assurance sur la vie et des circonstances de la cause, que l'assuré n'a pas entendu faire au profit d'une personne déterminée la stipulation au profit d'un tiers prévue par l'article 1121 ». Il en était ainsi notamment lorsque l'assuré s'est borné à convenir que le capital serait payé à son décès à ses héritiers ou ayants cause.

L'arrêt de la Chambre civile du 7 février 1877² a, selon nous, jugé la question en droit. Il a considéré les enfants à naître comme « des personnes futures ou encore incertaines » qui ne pouvaient dès lors se voir conférer le bénéfice d'un contrat souscrit au profit « des enfants de l'assuré ou, à défaut d'enfants, au profit de ses héritiers ou ayants-droit ».

La Cour déclare « que si l'indication des enfants placés en première ligne peut révéler de la part du stipulant une pensée principale correspondant à l'ordre de ses affections, elle ne saurait changer en ce qui les concerne la nature et le caractère de la disposition ; que les bénéficiaires appelés sont ceux qui existeront à l'époque du décès du stipulant. D'où il suit que la disposition est même à l'égard des enfants *au profit de personnes futures ou encore incertaines* ».

L'arrêt de la Chambre des requêtes du 7 mars 1893³, tout en soulignant le caractère souverain de l'appréciation des juges du fait, ne se prononce pas directement sur l'incapacité des enfants à naître qui n'était pas contestée par le pourvoi.

Quant à l'arrêt du 21 février 1902⁴ rendu par la Chambre civile, il n'a pas résolu la question.

Mais la thèse adoptée par la Cour de cassation dans

1. D. P. 76.1.232.

2. D. P. 1877.1.337, note Ed. Mulle.

3. D. P. 1894.1.77, S. 1894.1.161.

4. S. 1902.1.165.

son arrêt du 7 février 1877¹ avait été suivi par la grande majorité des Cours d'appel.

Il n'y avait de désaccord entre les décisions judiciaires que sur la question suivante : L'assurance au profit des enfants nés et à naître vaut-elle au moins au profit de ceux des enfants qui existaient déjà au jour du contrat, ou bien cette désignation est-elle indivisible et doit-elle dès lors être annulée pour le tout ?

Un arrêt de la Cour de Nancy du 25 février 1882² admit à revendiquer le bénéfice de l'assurance *jure proprio*, les enfants nés au moment de la souscription de la police tout en écartant ceux dont la conception était postérieure. Il s'agissait de soustraire le capital assuré à l'action des créanciers du défunt décédé en état de faillite.

Ainsi se produisait malgré l'intention probable du défunt une inégalité choquante entre les enfants. Il était contraire à la volonté du défunt de faire passer le capital entier de l'assurance dans les mains de l'aîné, seul né avant le contrat. Aussi, la Chambre des requêtes, suivie par les Cours d'appel a-t-elle adopté dans son arrêt du 7 mars 1893³ précité, une solution plus radicale. La stipulation faite au profit des enfants nés et à naître sera inefficace au regard de tous⁴. Dès lors, ils trouveront dans la succession de leur père la créance d'assurance et se la partageront. Mais si l'assuré est mort en état de faillite ou de déconfiture, les créanciers du défunt en profiteront à l'exclusion de ses héritiers. Les enfants seront privés également du bénéfice de l'assurance.

La Jurisprudence favorisait indirectement les premiers nés en contraignant le père de famille à avantager personnellement et directement certains d'entre ses enfants. Un véritable droit d'aînesse se trouvait rétabli en matière d'assurance.

1. D. P. 77.1.337.

2. S. 85.1.5.

3. D. P. 1894.1.77.

4. Adde : Rennes, 5 décembre 1899, D. P. 1903.2.377, et la note de P. Dupuich; et Amiens, 19 juin 1901, D. P. 1903, 5.58.

Si la Jurisprudence et une partie de la Doctrine ont adopté une solution aussi contraire aux nécessités de la pratique, c'est sans doute en raison de la règle d'équité « *nemo liberalis* »..., mais c'est surtout parce qu'elles s'y croyaient contraintes par des arguments de droit impérieux.

On a d'abord soutenu que l'assurance sur la vie devait être considérée comme une libéralité directe soumise à la prohibition de l'article 906.

A cet égard, M. Bartin a émis l'opinion suivante : « L'assureur est intermédiaire entre l'assuré donateur et le tiers bénéficiaire donataire. Il est pour l'un comme au profit de l'autre l'agent d'une capitalisation collective. La donation faite au tiers bénéficiaire de l'assurance ne nous apparaît pas comme la charge d'une libéralité antérieure et différente réellement adressée à une personne qui elle au moins, subit l'application des règles relatives à la capacité de recevoir. Cette donation lui est faite à lui seul aussi directement en un certain sens que s'il s'agissait d'une donation ordinaire par acte notarié. En Droit, l'application de l'article 906 ne saurait être évitée ».

M. Bartin signale les inconvénients que présenterait en Droit la solution contraire. Si on admettait l'assurance-vie contractée par le père au profit de ses enfants à naître, on devrait logiquement admettre qu'elle puisse être stipulée au profit de descendants même plus éloignés, et même sans égalité de vocation entre les bénéficiaires. L'assurance-vie jouerait ainsi, en Droit moderne, le rôle que jouèrent dans l'ancien Droit, les substitutions fidéicommissaires.

Mais cette opinion est demeurée isolée. On ne peut pas dire en effet que la Compagnie d'assurances n'est qu'un simple intermédiaire et que les enfants à naître sont les bénéficiaires directs de la prétendue libéralité. Ce que le bénéficiaire reçoit ce ne sont pas les primes sorties du patrimoine du stipulant, mais un capital qui diffère

en nature et quant à son montant, des primes versées.

Il est dès lors sans intérêt de rechercher comme le font quelques auteurs si l'attribution du capital assuré au bénéficiaire se rapproche davantage d'une donation entre vifs pour laquelle il faut exister lors de la déclaration du donateur ou d'une donation testamentaire pour laquelle il suffit d'être vivant ou conçu lors de son décès¹.

La Jurisprudence a admis d'ailleurs sans difficultés sérieuses que l'assurance sur la vie était une stipulation pour autrui rentrant dans le cadre de l'article 1121 du Code civil. Mais on a rarement précisé s'il s'agissait « de la condition d'une donation que l'on fait à un autre » ou d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. La question a un simple intérêt théorique. Parler d'une donation avec charge en faveur des enfants existants au moment du décès de l'assuré, constitue une bonne explication juridique. On ajoute que la charge étant aléatoire, peut être supérieure à l'émolument de l'assureur, donataire. Mais le mot donation ne correspond pas vraiment à l'état d'esprit de l'assuré dans ses rapports avec l'assureur. Nous pensons, quant à nous, que le contrat d'assurance comporte au profit du stipulant un intérêt personnel suffisant pour qu'il soit réputé n'avoir stipulé au profit du tiers qu'accessoirement à la stipulation faite pour lui-même. Cet intérêt sera toujours un intérêt moral : mettre sa postérité présente et future à l'abri du besoin. Mais ce sera également un intérêt pécuniaire, puisque l'assuré aura la faculté de s'attribuer le bénéfice de l'assurance tant que le bénéficiaire n'aura pas accepté, ce qui sera toujours le cas, s'il s'agit d'une personne future.

C'est cette seconde façon de voir qui est adoptée par la Jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris² dit notamment que l'assurance sur la vie contractée au

1. L. Balleydier et H. Capitant, « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 577.

2. Paris, 10 janvier 1900, D. P. 1900.2.89.

profit d'un tiers constitue une stipulation pour autrui licite, parce qu'on y trouve la condition d'une stipulation que le contractant fait pour lui-même dans un intérêt moral.

L'assurance sur la vie au profit des enfants nés et à naître constituant une stipulation pour autrui et non une libéralité directe, pour quel motif la Jurisprudence a-t-elle affirmé l'incapacité de ces bénéficiaires.

Est-ce parce que ces bénéficiaires rentrent dans la catégorie des personnes futures incapables de recevoir aux termes de l'article 906 du Code civil ?

Il est certain que des arrêts nombreux qualifient les enfants nés et à naître de personnes futures et de ce chef incapables de recueillir le bénéfice de l'assurance. Voilà pourquoi la majorité de la Doctrine s'est attachée à démontrer que l'on pouvait valablement stipuler pour une personne future.

M. Deslandres¹ reconnaissant, semble-t-il, que les articles 725 et 906 du Code civil sont l'application d'un principe plus général qui doit s'étendre à la stipulation pour autrui, s'est borné à soutenir que l'assurance sur la vie ne nous mettait pas en présence d'une stipulation *actuelle*. Il y aurait, selon lui, simplement un consentement donné par avance en vue de la formation ultérieure d'un contrat ferme au moment de la naissance des enfants. Cet acte juridique serait comparable à la promesse unilatérale de vendre.

Mais cette thèse ne respecte pas la réalité des faits. En matière d'assurance sur la vie, le contrat produit des effets immédiats : l'assuré commence à payer ses primes, l'assuré est immédiatement tenu si l'assuré vient à décéder, de verser une indemnité entre les mains du tiers désigné dans la police. Les deux obligations se servent mutuellement de cause. L'engagement est ferme des deux côtés.

M. Edouard Lambert², faisant table rase des préten-

1. *Revue critique*, 1891, p. 195.

2. Edouard Lambert, *op. cit.*, p. 144-214.

dues règles de bon sens qui s'opposent à l'admission des non-conçus, dans le domaine de l'assurance sur la vie, est comme nous l'avons vu, remonté aux origines. Pour retrouver la physionomie propre d'une institution aussi capitale que la stipulation pour autrui, il s'adressa à ceux qui l'avaient construite, à nos anciens auteurs. Il a, en outre, cherché les antécédents des articles 725 et 906 d'où l'on a voulu déduire cet axiome qu'une personne ne peut être désignée comme titulaire d'une obligation qu'à partir du jour où elle existe.

Il a démontré d'une façon magistrale que l'on pouvait stipuler pour une personne future, dans la mesure d'ailleurs où l'on repoussait la théorie de l'offre pour adopter la théorie du Droit direct.

Il était impossible, en effet, si l'on décomposait la stipulation pour autrui en deux contrats intervenus l'un entre le stipulant et le promettant, l'autre entre le stipulant et le tiers, que le second contrat ait pu se former entre l'assuré et un tiers non conçu.

Partant de la théorie de l'offre, on ne pouvait pas songer à faire produire effet à une stipulation conçue en faveur d'une personne future. Un arrêt de la Cour de Besançon¹ marque bien le rapport intime qui existe entre la théorie de l'offre et l'exclusion des non-conçus en matière de stipulation pour autrui. « Considérant qu'en ce qui concerne les enfants à naître, l'incertitude de la disposition est évidente, la stipulation pour autrui, *véritable offre de libéralité* ne peut s'adresser au néant. »

Mais, fait surprenant, la Jurisprudence maintint l'exclusion des non-conçus en la matière, alors même que par des arrêts retentissants, elle répudiait la théorie de l'offre et consacrait la théorie du Droit direct, alors même que dans d'autres hypothèses, elle admettait la capacité des personnes futures.

De cette contradiction apparente, MM. Balleydier et

1. 2 mars 1887, S. 87.2.313.

H. Capitant ont donné une excellente explication¹. L'incapacité des enfants nés et à naître en matière d'assurance sur la vie se basait autant sur le fait qu'il s'agissait de personnes futures soi-disant sujettes à la prohibition de l'article 906, que sur le fait que ces personnes étaient *indéterminées ou incertaines*. Les arrêts qui parlent au sujet des enfants à naître de « personnes futures » sont relativement moins nombreux que ceux qui parlent de personnes indéterminées ou incertaines.

L'article 906 n'est invoqué à notre connaissance par aucun arrêt. Seuls quelques auteurs y font allusion, MM. Mulle² et Bertauld³ notamment, hostiles à ce genre d'assurance. Si la Jurisprudence a déclaré les enfants à naître incapables de bénéficier directement du capital assuré, c'est surtout parce qu'elle voyait en eux des personnes indéterminées.

Cette façon de voir était inexacte : une personne future, en effet, n'est pas nécessairement indéterminée. Lorsque l'assuré stipule au profit de ses enfants nés et à naître, cette stipulation n'est-elle pas faite au profit de personnes futures, aisément *déterminables* ? Leur identité ne pourra sans doute être connue qu'au moment du décès de l'assuré, mais elle sera à cette époque exactement définie. Et cela est suffisant : la Jurisprudence ne saurait faire revivre l'ancienne incapacité romaine des personnes incertaines qui n'est édictée par aucun texte. La stipulation faite au profit des enfants nés et à naître ou au profit des héritiers et ayants droit est faite en réalité au profit de personnes déterminées, munies dès lors d'un droit direct au bénéfice du capital assuré.

Cette thèse est d'autant plus juridique que dans d'autres matières, la Jurisprudence a su faire une distinction très nette entre l'indétermination du moment, qui n'entraîne aucune incapacité, et « l'indéterminabilité » absolue qui seule constitue un obstacle insurmontable.

1. L. Balleydier et H. Capitant, *op. cit.*

2. Note sous D. P. 1877.1.337.

3. Note sous D. P. 1869.2.225.

Mais il semble aussi que si la Jurisprudence n'a pas voulu appliquer à la matière sa distinction entre l'indétermination et l'indéterminabilité, *c'est parce qu'elle ne voulait pas vider l'article 1122 Code civil de sa substance au profit exclusif de l'article 1121.*

Aux termes de l'article 1122, on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause. Or, dans le cas prévu par cet article, il ne s'agit pas d'une stipulation pour autrui, puisque les héritiers et ayants cause ne sauraient réclamer le bénéfice de la stipulation que *jure hereditario*, et non pas *jure proprio*. Ils seront dès lors en concours avec les créanciers du défunt. Il devrait en être de même, semble-t-il, si l'assuré a stipulé en termes exprès au profit de ses ayants droits, de ses héritiers ou de ses enfants nés et à naître, à moins que son intention ne soit tout à fait claire et distincte de leur attribuer le bénéfice exclusif de cette stipulation. S'il en était autrement, il se produirait avant le décès du stipulant une sorte d'évasion de la matière successorale, puisque le bénéfice de ces stipulations passerait toujours directement entre les mains des héritiers, sans entrer dans le patrimoine du défunt. L'article 1122 n'aurait plus aucune portée pratique.

L'appréciation de cette intention de l'assuré d'attribuer à ses héritiers en termes clairs et distincts le bénéfice exclusif de l'assurance, incombera au juge du fait, dont la décision souveraine ne pourra être discutée par la Cour de cassation, comme celle-ci l'a maintes fois affirmé.

Tels sont les arguments fréquemment invoqués par les arrêts et les auteurs, en faveur de l'exclusion des non-conçus en matière d'assurance sur la vie. Ces arguments, nous l'avons vu, n'étaient pas vraiment solides. Nombreux sont les auteurs qui ont su les réfuter.

En 1893, M. Edouard Lambert ¹, analysant cette Jurisprudence relative à l'assurance-vie au profit des enfants nés et à naître écrivait : « Elle (cette Jurisprudence) a

1. Edouard Lambert, *op. cit.*, p. 214.

contre elle non seulement les tendances de la vie moderne, non seulement l'équité, non seulement une tradition séculaire et constante, mais encore la loi. Elle répudie les conquêtes du passé, elle dédaigne les besoins du présent : c'est une Jurisprudence passagère. »

C'est seulement la loi du 13 juillet 1930¹, article 63 qui est venue apporter une solution équitable à cette question délicate. La loi admet la détermination indirecte du tiers bénéficiaire par l'indication de certaines qualités familiales ou sociales permettant de trouver, le moment venu, le bénéficiaire de l'assurance, sans aucun doute. Ainsi la loi décide que l'assurance au profit de la femme visera non seulement l'épouse actuelle, mais encore l'épouse future. La même solution doit être admise pour l'assurance de la femme au profit de son mari. Mais, surtout la loi décide qu'est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés, la stipulation par laquelle le contractant attribue le bénéfice de l'assurance à ses enfants et descendants nés et à naître. Il en est de même pour les stipulations au profit des héritiers.

La désignation de chacune de ces catégories de bénéficiaires, doit être entendue très strictement.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 mai 1934 a décidé que lorsqu'une police d'assurance a été passée exclusivement au profit du bénéficiaire et à défaut de la femme et des enfants de l'assuré et que celui-ci est décédé célibataire, la Compagnie ne devait rien au père de l'assuré qui était cependant son héritier. La Cour suprême a fait observer avec raison que si aux termes mêmes de l'article 1122 du Code civil on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers, c'est sous la réserve que le contraire ne soit pas exprimé »².

L'énumération donnée par l'article 63 est-elle limitative ou simplement énonciative ? *Quid* de l'assurance-vie au profit des neveux et nièces nés et à naître ?

1. D. P. 1931.4.35.

2. Req., 15 mai 1934, S. 1934.1.310, D. P. 1934.1.141, commenté dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 148.

Il est à craindre que la jurisprudence, faisant prévaloir une stricte interprétation de la loi, n'applique l'adage : « Qui dicit de uno, de altero negat ». Ce raisonnement serait d'une rigueur juridique certaine puisque l'article 63 ne dit pas que les enfants nés et à naître sont des personnes déterminées mais simplement que la stipulation faite à leur profit est *considérée* comme faite au profit de bénéficiaires *déterminés*. Cette rédaction de l'article 63 qui reproduit le texte de l'article 55 du projet de la Commission instituée par le Ministre du commerce, démontre d'ailleurs que c'est dans la mesure où l'on verra dans les enfants nés et à naître des personnes déterminées parce que déterminables qu'on pourra valider l'assurance faite à leur profit.

Dès lors, et en raison des arguments que nous avons présentés ci-dessus, nous pensons qu'une interprétation stricte serait inadmissible.

La règle de l'article 63 doit être selon nous étendue aux enfants nés et à naître d'un tiers quelconque. Et c'est cette solution libérale qui est admise par la majorité des auteurs. Dans cette seconde série d'hypothèses que la loi n'a pas prévues expressément, qui pourra réclamer le bénéfice de l'assurance ? Les enfants qui seront nés ou tout au moins conçus au moment du décès de l'assuré auront-ils ce droit à l'exclusion des enfants, neveux et nièces par exemple, conçus postérieurement au décès de l'assuré. Cette solution doit être écartée, car elle méconnaîtrait la volonté certaine de l'assuré qui a voulu conférer un droit égal à la postérité présente et future au profit de laquelle il a stipulé. L'identité de ces bénéficiaires ne sera exactement définie qu'à l'époque du décès de l'auteur de cette postérité et non au moment du décès de l'assuré.

Comment se fera le partage entre les différents bénéficiaires du capital assuré ? L'article 63, à cet égard, contient l'alinéa suivant : « Les enfants et descendants, les héritiers du contractant ainsi désignés ont droit au bénéfice de l'assurance en proportion de leurs parts héréditaires. Ils conservent ce droit en cas de renonciation à sa succession ».

Dès lors la stipulation profitera à tous les enfants nés ou à naître qui viendront au partage. Les enfants naturels auront droit au capital assuré en proportion de leur part héréditaire. Il en sera de même pour les descendants d'un degré ultérieur ayant qualité pour venir à la succession par représentation. La répartition se fera alors par souches.

Nous avons ainsi terminé l'étude d'une des applications pratiques de la théorie moderne des personnes futures.

§ 3. — LA « CLAUSE DE CONTINUATION » AU PROFIT DES ENFANTS NÉS ET À NAITRE DE L'ASSOCIÉ.

Nous allons dans ce paragraphe examiner la validité des différentes clauses par lesquelles, l'un des associés prévoit pour l'époque de son décès, soit la continuation de la société dont il fait partie avec une personne qu'il désigne : son conjoint, son hérité *in globo*, ou certains de ses héritiers seulement, soit la conservation par ces mêmes personnes de l'établissement commercial ou industriel qu'il a fondé. Cette étude préliminaire est indispensable pour apprécier la validité de la clause dite « continuation » au profit des enfants nés et à naître de l'associé.

A) La clause peut être stipulée au profit du conjoint survivant. Dans cette première série d'hypothèses, la clause peut figurer soit dans le contrat de mariage des époux, soit dans l'acte constitutif de la société.

a) La clause figure dans le contrat de mariage : elle donne alors au conjoint survivant la faculté, moyennant le paiement d'une indemnité aux héritiers du défunt, de conserver pour son compte personnel, l'établissement ou la part d'intérêt qui appartenait à son conjoint.

Cette clause est valable si les époux sont mariés sous le régime de communauté et si les droits sociaux ou le fonds sont communs. Elle constitue alors une de ces conventions de mariage et entre associés autorisées par

les articles 1515 et 1525 du Code civil. Il n'en est plus de même si l'établissement ou la part d'intérêt appartient en propre à l'un des époux ou quand ceux-ci sont mariés sous un régime autre que le régime de communauté. Certes si la faculté est donnée gratuitement, il y a là une donation de biens à venir ou institution contractuelle que l'on peut valablement insérer dans un contrat de mariage.

Mais *quid* lorsque la clause subordonne l'option du survivant au paiement d'une indemnité équivalente à la valeur de l'établissement ou des droits sociaux, aux autres héritiers du défunt. Il y a là sans aucun doute une promesse de vente faite sous la condition de survie du conjoint, qui tombe sous la prohibition générale des pactes sur succession future. Il y a bien là un pacte, une convention, qui confère au conjoint un droit non sur les biens actuels du disposant, mais un droit contre la succession, c'est-à-dire un droit éventuel. Cette clause est donc annulée par la jurisprudence moderne.

b) La clause peut figurer dans l'acte de société. Les associés ont pu faire insérer dans les statuts de leur société une stipulation conférant au conjoint présent ou futur de chacun d'eux, la faculté d'opter pour la continuation de la société, moyennant le versement aux héritiers du défunt de la valeur des droits sociaux.

La clause change ici de nature juridique. Les associés seuls sont parties à la conclusion du pacte social, à l'exclusion de leurs conjoints. Dès lors la clause ne constitue plus une promesse de vente; elle présente les caractères d'une stipulation pour autrui permise par l'article 1121, puisqu'elle figure dans un contrat que le stipulant fait pour lui-même. Mais, comme toute stipulation pour autrui, elle peut être révoquée par le stipulant tant que son conjoint n'a pas déclaré vouloir en profiter, c'est-à-dire, en règle générale jusqu'à son décès. Cette révocation pourra être d'ailleurs expresse ou tacite.

L'affaire Crémieux constitue une excellente illustration de tous ces principes. Dans cette espèce, les époux

étaient mariés sous le régime de séparation de biens, et la veuve qui réclamait le bénéfice de la clause de conservation du fonds, invoquait contre les héritiers du mari, les époux Moritz, à la fois son contrat de mariage, et un article des statuts d'une société à responsabilité limitée conclue entre son mari et le sieur Millaud pour l'exploitation d'un fonds de commerce.

Le Tribunal civil de la Seine, par jugement en date du 24 décembre 1928¹ décida que la clause insérée dans le contrat de mariage présentait les caractères d'un pacte sur succession future. Quant à la clause insérée au contrat de société, elle constituait une véritable stipulation pour autrui qui pouvait toujours être révoquée, tant que le bénéficiaire ne l'avait point acceptée. Cette révocation pouvait résulter du testament par lequel le défunt avait abandonné à sa fille naturelle reconnue tous ses droits dans la société.

La Cour de Paris, par arrêt en date du 21 février 1930² a infirmé le jugement du Tribunal civil de la Seine, en quittant résolument le domaine des pactes sur succession future et en se cantonnant sur le terrain de la stipulation pour autrui. Au lieu de s'appuyer comme l'avait fait le Tribunal sur les statuts de la société à responsabilité limitée formée par Crémieux et Millaud en 1925, l'arrêt se base sur les statuts de la société en nom collectif constituée en 1907 entre ces mêmes personnes. Il affirme la validité de la stipulation faite au profit d'une personne indéterminée (la future épouse de M. Crémieux) en raison de ce fait qu'au jour où la stipulation devait produire ses effets le bénéficiaire pouvait en être précisé. Puis l'arrêt ajoute que lorsque la dame Crémieux a signé son contrat de mariage qui réservait notamment à son profit la faculté de conserver les droits sociaux de son mari, elle a, par la même occasion, accepté la stipulation que son mari avait déjà insérée au pacte social. Cette acceptation a enlevé définitivement

1. D. P. 1929.2.105, note H. Capitant.

2. D. P. 1931.2.1.

à son mari le pouvoir de révoquer sa stipulation antérieure. Dès lors la révocation contenue dans le testament de M. Crémieux était inopérante.

La solution était ingénieuse ; mais elle avait l'inconvénient de déformer les faits car, en considérant la clause figurant au contrat de mariage comme l'acceptation tacite de la stipulation contenue dans l'acte de société, l'arrêt prêtait à la future épouse une intention qu'elle n'avait sans doute pas eue.

La Chambre civile ¹ cassant l'arrêt de la Cour de Paris s'est rangée à la thèse du Tribunal civil de la Seine, a replacé la question sur son vrai terrain et a décidé que la clause contenue dans le contrat de mariage était nulle comme constituant un pacte sur succession future, et qu'elle n'avait pu produire les effets d'une acceptation régulière de la stipulation incluse dans le pacte social.

B) La clause de continuation peut être stipulée au profit des héritiers de l'associé. L'article 1868 du Code civil à cet égard s'exprime en ces termes : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies ; au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ».

Lorsque cette clause est insérée dans les statuts d'une société commerciale, les héritiers même mineurs de l'associé sont substitués à leur auteur de plein droit sans avoir besoin de faire acte de volonté en vertu de leur seule vocation héréditaire. Cette stipulation entre dans le cadre de l'article 1122 du Code civil, aux termes duquel on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause. Mais surtout les conventions ainsi formées entre les associés constituent les *charges* de la

1. Cass. civ., 11 janvier 1933, D. P. 1933.1.10.

succession de l'associé prédécédé et *doivent* être exécutées par les héritiers quels qu'ils soient.

Mais *quid* lorsque la clause de continuation est faite non au profit de l'hérédité *in globo*, mais d'une seule catégorie d'héritiers : les seuls enfants nés ou conçus au moment du décès de l'associé, à l'exclusion des autres héritiers ? Cette stipulation revêt-elle un caractère personnel et exclusif qui fait apparaître ces enfants qui peuvent d'ailleurs ne pas être encore conçus au moment de la signature du pacte social, comme les bénéficiaires d'une véritable stipulation pour autrui, ou bien sommes-nous toujours en présence d'une stipulation simple entrant dans le cadre de l'article 1122 du Code civil ?

L'intérêt de la question est considérable, car s'il s'agit vraiment d'une stipulation pour autrui, la clause de continuation ne s'imposera pas aux héritiers désignés spécialement qui auront dès lors le droit d'accepter ou de refuser le bénéfice de la stipulation.

Nous croyons, selon nous, qu'il s'agit bien d'une stipulation pour autrui : Les héritiers choisis ne l'ont pas été en tant qu'ayants cause, mais en une qualité spéciale qui leur est *personnelle* ; il y a eu choix, il y a eu discrimination. Ce n'est pas une stipulation pour héritiers, c'est une stipulation pour autrui, soumise à la nécessité de l'acceptation de la part des héritiers bénéficiaires. Et il importe peu que ces bénéficiaires fussent inexistants au moment de la signature du pacte social. On peut en effet valablement stipuler au profit d'une personne future.

Mais pratiquement, il arrive fréquemment que ces clauses de continuation ne soient pas pures et simples. Les statuts prévoient souvent, en outre, les modalités de la continuation de la société et le rachat au moins partiel par l'associé survivant des droits sociaux du *de cuius*. C'est ici que les difficultés commencent : ces « modalités de la continuation » ne nous mettent-elles pas en présence d'un pacte sur succession future ?

Il faudra distinguer suivant que l'associé avait ou non conservé la faculté de révoquer la stipulation faite au profit de certains de ses héritiers. S'il y a eu vraiment

convention ferme avec le coassocié, excluant la possibilité d'une révocation, il y aura bien un pacte sur succession future. Si au contraire, l'associé a conservé la faculté de révoquer la stipulation, on ne saurait plus parler de « pacte » sur succession future : il s'agirait d'une stipulation pour autrui licite parce que révocable.

Nous adoptons ainsi le critérium donné par M. Henri Capitant¹ : il n'y a pas de *pacte* si l'associé a conservé librement la possibilité de révoquer sa stipulation. Le jugement du Tribunal civil de la Seine qui se prononce pour la validité de la clause de continuation lorsqu'elle est contenue dans un contrat de société, prend soin de souligner « que l'agrément de Millaud n'était pas nécessaire pour que cette révocation produisît son effet, puisque ce dernier ne pouvait s'opposer valablement à ce que Crémieux retirât à sa femme un avantage qu'il lui avait concédé ».

Mais ces modalités de la continuation sont généralement indivisibles de la clause de continuation elle-même. Si donc une clause de rachat est annulée comme constituant un pacte sur succession future, la clause de continuation qu'elle accompagne subira le même sort.

L'affaire dame Shuhmann contre Société Louis Dreyfus et Compagnie² nous met justement en présence d'une clause de continuation au profit « des enfants nés ou conçus de l'associé au jour de son décès », c'est-à-

1. Note sous Trib. civ. de la Seine, 24 décembre 1928, D. P. 1929.2.105. Dans une note sous Paris, 17 décembre 1935, D. P. 1936.2.89, M. Henri Capitant est d'ailleurs revenu sur la théorie générale qu'il avait précédemment admise, et s'est attaché à montrer :

1° que le texte de l'art. 1868 du Code civil était un texte autonome et non un doublet de l'art. 1122. Dès lors, la clause de continuation, en dehors de toute stipulation pour autrui, dont les héritiers désignés pourraient accepter ou refuser le bénéfice, pouvait être stipulée en faveur de certains des héritiers seulement, auxquels elle s'imposait cependant ;

2° que la prohibition des pactes sur succession future, édictée par l'art. 1130, était étrangère au contrat de société, en raison précisément des termes mêmes de l'art. 1868 du Code civil.

2. V. Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1935, *Gaz. Pal.* 1936.1.212, D. P. 1936.2.89, note H. Capitant. — *Addé* : G. Ripert, « La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé », in *Revue générale de Droit commercial*, 1938, p. 7.

dire de personnes futures à la date de la signature du pacte social.

Aux termes de l'article 18 des statuts de la Société Louis Dreyfus et Compagnie, reçus le 21 décembre 1904, prorogée le 29 juillet 1929, « portant règlement par avance des droits de l'associé décédé », il était stipulé que si l'un des associés-gérants venant à mourir laissait des enfants nés ou conçus, les dits enfants deviendraient commanditaires et la Société continuerait sous cette forme entre les dits enfants d'une part et les associés-gérants survivants, pour toute la durée de la Société restant à courir ; le montant de la commandite serait alors égal à la moitié de la somme à laquelle s'élèverait à ce moment l'ensemble du compte capital et du compte courant de l'associé gérant décédé ; l'autre moitié des deux comptes représentant le solde de ses droits sociaux serait remboursée à l'ensemble des héritiers en cinq échéances successives. Il y avait donc une clause de continuation combinée avec une clause de rachat.

Or, au moment du décès de l'un des associés, Charles Louis-Dreyfus, une de ses héritières, la dame Shuhmann, déclara refuser de devenir commanditaire et assigna la Société en remboursement de la totalité de sa part sur les droits sociaux de son père, calculés sur la valeur réelle de l'actif social au jour de son décès.

Le Tribunal civil de la Seine, par jugement en date du 27 décembre 1933 ¹, suivant en tous points les conclusions de M. le Substitut Picard, décida que la clause de continuation contenue à l'article 18 du pacte social au profit des seuls enfants nés ou conçus au moment du décès de l'associé était une stipulation pour autrui soumise en cette qualité à la nécessité de l'acceptation de M^{me} Shuhmann. Dès lors celle-ci avait le droit de refuser la commandite. Les héritiers *choisis* n'avaient pas été appelés en qualité d'héritiers, mais en raison des liens du sang qui les attachaient personnellement au stipulant. Il fallait donc appliquer l'article 1121 et non l'article 1122.

1. *Gaz. Pal.* 1934.1.316.

En ce qui concerne la clause de rachat, elle devait s'analyser en une promesse de vente de ses droits sociaux faite par chacun des associés pour le cas où il décéderait le premier, au profit de son coassocié. Cette clause étant alternative, c'était l'existence même du droit et non pas seulement son exigibilité qui demeurerait incertaine jusqu'au jour du premier décès. De plus l'objet de la promesse de vente n'était pas la part sociale telle qu'elle existait au jour de la convention, mais telle qu'elle serait au jour du premier décès : elle portait donc sur des biens à venir. Or toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constituait un pacte sur succession future prohibé par la loi encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti.

La Cour de Paris, par arrêt en date du 17 décembre 1935¹ a infirmé le jugement du Tribunal civil de la Seine sur ces deux points et a débouté M^{me} Shuhmann de toutes ses demandes, fins et conclusions.

Elle a décidé que la clause de continuation « souscrite réciproquement par chacun des associés dans l'éventualité de leur prédécès, sans réserve du droit individuel de révoquer la désignation faite autrement que par un changement apporté aux statuts, et consentis non au profit d'un tiers bénéficiaire déterminé nommément et spécialement désigné et individualisé, mais d'une façon générale au profit des enfants nés ou conçus de l'associé au jour de son décès ; c'est-à-dire de personnes *incertaines et inexistantes à la date du contrat* ne présente aucun des caractères légaux d'une stipulation pour autrui ».

Cette dernière partie de l'attendu est évidemment surprenante : il est regrettable de voir la Cour de Paris énoncer le principe inexact que l'on ne peut pas stipuler au profit de personnes inexistantes au moment du contrat, c'est-à-dire de personnes futures, et d'autre part que l'on ne peut stipuler au profit de personnes incertaines qualifiant ainsi les enfants nés et à naître de l'as-

1. *Gaz. Pal.* 1936.1.212, D. P. 1936.2.89.

socié, momentanément indéterminés mais aisément déterminables.

La Cour de Paris a considéré de plus que l'article 1868 du Code civil en édictant qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuera avec *son* héritier et non pas avec *ses* héritiers, à la différence de l'article 1122 du Code civil, permet aux associés de convenir que la société continuera avec telle catégorie d'héritiers de l'associé prémourant ou même avec tels héritiers de cette catégorie. Cet argument de texte vaut évidemment ce qu'il vaut.

D'autre part, la Cour de Paris n'a pas voulu voir dans la clause de rachat un pacte sur succession future.

Elle a estimé d'une part que si l'article 1868 du Code civil autorisait formellement les associés à stipuler dans le pacte social que la société continuera avec les héritiers de l'associé ou seulement entre les survivants, cette autorisation pour ne pas être illusoire entraîne nécessairement le droit pour eux de déterminer librement dans les statuts la part pour laquelle les héritiers ou tels héritiers désignés du prédécédé entreraient dans la société, de décider que les héritiers seront simplement commanditaires, de convenir qu'ils n'entreraient dans la société que pour une fraction de la part sociale de leur auteur défunt, et que l'autre fraction leur sera remboursée; de déterminer à l'avance quelle sera la part sociale de leur auteur défunt, en un mot de régler pratiquement le mode de continuation de la société, et la liquidation des droits sociaux de l'associé disparu. Cet argument n'est pas pertinent, car il dépasse nettement la portée de l'article 1868 qui ne saurait réduire à néant la prohibition inscrite à l'article 1130.

L'autre argument développé par la Cour n'est pas non plus décisif : L'arrêt soutient que la clause de rachat au profit des associés survivants équivaut à une promesse de vente dont l'effet se produira après la mort de l'associé qui l'a consentie. Mais « faire une promesse subordonnée à son décès, c'est nécessairement faire une promesse qui ne pourra être invoquée que contre les héri-

tiers et non contre le promettant lui-même, c'est donc bien un pacte sur succession future.

Nous nous rangeons, quant à nous, à la solution donnée par le Tribunal civil de la Seine, mais nous croyons cependant que dans le détail, elle n'est pas tout à fait à l'abri de toute critique.

Certes, en principe, le fait que la faculté de continuation est conférée à une catégorie choisie d'héritiers, existants ou non au moment de la signature du pacte social, est une condition *nécessaire* pour qu'il y ait stipulation pour autrui ; mais ce n'est pas une condition suffisante. Il faut encore que le stipulant ait conservé la faculté de révoquer librement sa stipulation. Avait-il, en l'espèce, conservé cette faculté ? Toute la question est là.

Or, il semble bien que l'article 18 des statuts était dans sa teneur indivisible ; que la clause de continuation solidaire de la clause de rachat partiel avait été introduite tant dans l'intérêt des enfants nés et à naître de l'associé prédécédé que dans l'intérêt du coassocié. Elle cessait dès lors d'être révocable *ad nutum*. Il y avait une convention ferme, un *pacte* soumis à la prohibition de l'article 1130. Il n'y avait pas de stipulation pour autrui, puisque la « révocabilité » qui est un de ses caractères essentiels faisait défaut.

Pour résumer ces développements, nous dirons qu'un associé peut valablement stipuler que la société dont il fait partie pourra continuer avec ses enfants nés et à naître, à la condition, si cette clause de continuation est assortie d'une clause de rachat partiel, qu'elle soit toujours révocable à son gré. Les enfants désignés auront d'ailleurs la faculté d'accepter ou de refuser le bénéfice de cette stipulation.

§ 4. — LES PERSONNES FUTURES ET LA LÉGISLATION INDUSTRIELLE.

L'intervention des personnes futures dans le domaine de la législation industrielle est une des conséquences de

l'évolution remarquable qui s'est produite dans la notion de contrat de travail, évolution qui part des articles 1780-1781 du Code civil et qui aboutit au Code du Travail.

Nous envisagerons successivement la convention collective de travail et l'assurance-accidents.

A. *La convention collective de travail.*

L'article 1134 du Code civil déclare que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Cette règle n'est juste que si la convention est l'œuvre commune de volontés indépendantes et égales. A cet égard, les conditions des contrats de travail furent rarement justes tant que l'employeur abusant de sa puissance économique put, en fait, imposer sans discussion possible, à l'employé isolé et inquiet du lendemain, des clauses souvent draconiennes. Les lois devaient donc permettre à l'employé d'acquérir une puissance économique égale à celle de l'employeur. Ce but pouvait être atteint par un moyen relativement simple : la substitution, à un employé sans défense, d'un groupement constitué qui, « faisant de la force avec un faisceau de faiblesses ¹ » pût traiter au nom des ouvriers qu'il aurait associés.

Grâce aux lois du 25 mai 1864 ² sur les coalitions, et du 21 mars 1884 ³ sur les syndicats, le contrat de travail individuel a vu naître et se développer près de lui le contrat collectif librement débattu entre deux puissances économiquement égales, le syndicat patronal et le syndicat ouvrier. La Jurisprudence, en effet, n'a pas hésité à admettre que les syndicats constitués en vue de la défense des intérêts professionnels avaient le droit de passer des conventions de ce genre. La loi du 25 mars

1. De Moustier, *op. cit.*

2. D. P. 1864.4.53.

3. D. P. 1884.4.129.

1919¹, sur les conventions collectives de travail, est venue codifier les règles issues de la pratique professionnelle. La loi récente du 24 juin 1936², marquant une étape décisive dans cette évolution, est venue « consolider » la valeur juridique de cette institution. Le contrat collectif, expression du progrès social, permet d'ailleurs de réaliser une précieuse économie de temps en rendant inutile la discussion pour chaque embauchage des conditions générales de travail.

Pour déterminer, en connaissance de cause, la nature juridique de la convention collective, il convient d'en préciser au préalable le rôle et la portée.

a) Le contrat collectif, dont la portée est plus ou moins vaste suivant l'étendue des régions et l'importance des branches d'industrie auxquelles il est applicable, contient une réglementation contractuelle préalable des conditions du travail. Cette réglementation concerne notamment le salaire minimum pour les différentes catégories d'ouvriers d'une industrie déterminée, la durée du délai-congé, la liberté syndicale, la reprise des ouvriers après la grève, la procédure suivant laquelle seront réglés les conflits du travail. Les contrats individuels de travail seront passés dans le cadre de cette réglementation générale, à laquelle il ne sera pas nécessaire d'ailleurs qu'ils se réfèrent.

Du côté des employés, la participation au contrat ne pourra être que collective. Mais, par contre, un employeur isolé aura qualité aussi bien qu'un groupement d'employeurs pour signer un accord de ce genre.

La convention collective est conclue le plus souvent par deux collectivités, l'une d'employés, l'autre d'employeurs, jouissant de la personnalité civile : syndicats ouvriers et unions de syndicats ouvriers, syndicats patronaux et unions de syndicats patronaux. Elle peut aussi, d'ailleurs, être conclue par des groupements professionnels de circonstances : travailleurs d'une profession, d'une localité, d'une usine.

1. D. P. 1922.4.53.

2. *Lois nouvelles*, n° du 15 juillet 1936, p. 756.

Les représentants de ces groupements contractent, au nom de la collectivité, soit en vertu de stipulations statutaires, soit en vertu d'une délibération spéciale provoquée à cet effet. Des mandats spéciaux peuvent également être donnés individuellement par les différents adhérents.

La convention collective de travail doit être écrite à peine de nullité. Elle n'est applicable qu'à partir du jour qui suit celui du dépôt qui doit en être fait soit au secrétariat du conseil de prud'hommes du lieu où elle a été passée, soit, à défaut de conseil des prud'hommes, au greffe de la justice de paix de ce lieu. Quant à la dénonciation de la convention, elle est possible, à la condition, toutefois, de respecter certains délais et certaines formes.

b) C'est en examinant quels sont les personnes et les groupements liés par le contrat collectif, que nous allons voir apparaître la notion de personne future.

Aux termes de l'article 31 k du Code du Travail, la convention à durée *indéterminée*, qui constitue la règle, lie : les signataires et leurs mandants, les adhérents aux groupements signataires qui n'ont pas démissionné dans les huit jours, les membres des groupements qui, ultérieurement, adhèrent à la convention, *les membres futurs des groupements adhérents*.

Il y a là une exception notable au principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165 Code civil). On peut dire, il est vrai, que l'adhésion au groupement signataire laisse présumer une adhésion tacite à la convention collective à laquelle le groupement a participé. Mais cette présomption est absolue. Aucune des personnes que nous avons énumérées ne saurait arguer de son ignorance de la convention passée : elle est définitivement liée. Elle pourrait tout au plus imputer à faute aux dirigeants du groupement de ne pas l'avoir prévenue.

Quoi qu'il en soit, les conditions stipulées à la convention profiteront aux personnes présentes déterminées et indéterminées, aux personnes futures inexistantes au

moment de la signature de la convention, qui auront néanmoins par leur adhésion au groupement signataire le droit de réclamer, en justice au besoin, le bénéfice des clauses inscrites dans la convention et relatives notamment aux salaires minima, aux indemnités accessoires au salaire, à la durée de la journée de travail, aux congés, à l'arbitrage en cas de grève.

On s'est plu à souligner le fait que ces contrats collectifs étaient une étape vers l'idée de loi privée, de « loi-convention », a dit M. Duguit¹. La convention tourne à l'institution et à l'institution réglementaire. On a voulu y voir une preuve de la tendance générale à une réglementation des professions, à une coutume professionnelle.

La promulgation des lois nouvelles sur le travail est venue montrer à quel point ces remarques étaient exactes. Elles nous mettent en présence d'un double phénomène juridique. D'une part, la loi se substitue à la convention collective, pour la réglementation des conditions générales du travail. Les lois sur les congés payés, sur la durée du travail hebdomadaire, sur l'arbitrage en sont la preuve.

Mais surtout la loi du 24 juin 1936² a rendu possible l'application de la convention aux individus et aux groupements qui n'y ont adhéré ni expressément ni tacitement. Car dès le premier jour, la jurisprudence avait pris soin de consacrer le caractère limitatif de l'énumération des personnes et des groupements liés par la convention collective, inscrite à l'article 31, *k*, du Code du travail. Pour que l'on soit lié par le contrat collectif, il faut y avoir donné son adhésion expresse ou tacite. La Cour de cassation a toujours été très ferme sur ce point. Un arrêt de la Chambre civile du 29 juillet 1929³ s'exprime en ces termes : « Les conventions collectives de travail ne sont opposables qu'aux groupements qui y ont

1. Duguit, *Les transformations du Droit public*, p. 129.

2. *Lois nouvelles*, n° du 15 juillet 1936, p. 756.

3. *Gaz. Pal.* 1930.1.681.

été parties ou à ceux, groupements patrons, employés et ouvriers, qui y ont adhéré dans les formes et délais prévus par la loi. Doit donc être cassée la décision qui constate que l'employeur n'a pas adhéré à une convention collective de travail, mais applique la clause fixant les salaires suivant l'indice officiel du coût de la vie, motif pris de ce que le salaire doit être fixé d'une manière équitable. »

En se prononçant ainsi, la jurisprudence ne faisait d'ailleurs que respecter le texte et l'esprit de la loi. La loi nouvelle (art. 31, *va, vb, vc*, nouveaux) donne au ministre du Travail un rôle actif dans la conclusion des conventions collectives. Elle décide, en raison sans doute de cette intervention officielle, « que les dispositions de la convention collective pourront par arrêté du ministre du Travail être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention ».

La loi du 24 juin 1936 nous montre d'une façon saisissante le passage de la convention à l'institution. Nous avons déjà souligné que dans la mesure où l'institution a une certaine permanence, elle profitera aux générations futures.

c) Nous dirons un mot des sanctions de l'inexécution des engagements inscrits dans la convention collective.

Si le patron, partie à la convention, n'exécute pas ses obligations, si par exemple, il embauche des ouvriers à un salaire inférieur à celui qui a été fixé dans l'accord, les ouvriers syndiqués auront le droit, nonobstant toute clause contraire, inscrite dans leur contrat individuel de travail, de réclamer en justice le supplément qui leur est dû (art. 31 *g* du Code du travail).

Le syndicat ouvrier représentant des intérêts généraux de la profession pourra également en son nom personnel intervenir au litige pour demander la réparation du préjudice moral qu'il a subi, du fait de la violation de la convention collective par l'employeur.

d) Ces différents points étant examinés, nous pouvons maintenant analyser la nature juridique de la conven-

tion collective : On a parlé de mandat donné au syndicat par ses différents membres en vue de la conclusion du contrat. Mais on ne peut considérer comme des mandants les adhérents futurs au groupement signataire ou à l'accord lui-même. On a voulu y voir un simple cas de gestion d'affaires, au profit des adhérents présents et futurs au groupement.

Ces théories ont l'inconvénient de dénaturer les faits et de réduire le rôle du syndicat à celui d'un simple intermédiaire.

La théorie de la stipulation pour autrui est évidemment préférable aux précédentes : On invoque les termes mêmes de l'article 1121 : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. » Le promettant, en l'espèce le syndicat patronal, s'engage directement envers les adhérents du syndicat ouvrier présents et à venir, à leur assurer des conditions de travail déterminées. Le syndicat ouvrier stipule dans l'intérêt de ses adhérents. Il a un intérêt personnel à obtenir pareille promesse. Il s'agit même d'un intérêt *légal* en quelque sorte, puisque, aux termes mêmes de la loi, le syndicat est constitué pour la défense des intérêts professionnels. Comme le fait remarquer justement M. de Moustier¹, il s'agit non seulement d'un intérêt moral, mais aussi d'un intérêt pécuniaire. Intérêt moral, puisque l'obtention de ces conditions de travail meilleures grâce à l'activité du groupement professionnel amèneront à ce dernier des adhésions nouvelles qui renforceront d'autant son prestige économique. Intérêt pécuniaire aussi, car les cotisations afférentes à ces nouvelles adhésions viendront alimenter les caisses du syndicat.

Mais certains effets du contrat collectif ne sauraient s'expliquer purement et simplement par la théorie de la stipulation pour autrui. La convention collective est un acte juridique *complexe* : Le syndicat patronal est engagé envers le syndicat ouvrier et les ouvriers y adhé-

1. De Moustier, *op. cit.*, p. 193.

rents ; mais de plus, le syndicat ouvrier est personnellement engagé envers le syndicat patronal, puisque l'on ne saurait contester le droit du patron de réclamer des dommages-intérêts au syndicat ouvrier, si les ouvriers syndiqués ne respectent pas la convention collective. Et surtout les ouvriers syndiqués sont eux aussi engagés envers le syndicat dont ils font partie et qui aurait le droit de les poursuivre en justice s'ils acceptaient de travailler à des conditions autres que celles figurant dans le contrat collectif.

La convention collective est donc un acte juridique *sui generis*, qui donne naissance à un faisceau d'*obligations* multiples. Nous disons bien obligations. Certes, comme on l'a dit si bien, « l'accord collectif n'est que la substance des contrats de travail qui seront postérieurement conclus, il ne les remplace pas¹ ».

Mais le législateur, consacrant en cela les données de la jurisprudence, en a fait une *convention* à caractère obligatoire, engendrant de véritables obligations entre tous ceux qui y ont adhéré expressément ou tacitement.

Signalons pour terminer que dans la mesure où la convention collective *s'impose* aux ouvriers futurs qui pouvaient ne pas exister au moment de la signature de l'accord, nous nous trouvons en présence d'une obligation mise à la charge de personnes futures. La chose est légitime, puisque l'obligation mise à leur charge est le corollaire nécessaire des multiples avantages qu'elles pourront retirer de l'accord.

*
**

Il convient de rapprocher de ces conventions collectives les traités généraux passés par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques avec la plupart des théâtres de Paris et de province.

Ces traités généraux contiennent au profit des membres actuels et *futurs* de la Société, une série de stipulations destinées à sauvegarder les droits et intérêts des sociétaires vis-à-vis des entreprises théâtrales, avant,

1. Henri Capitant, note sous Lyon, 10 mars 1908, D. P. 1909.2.33.

pendant et après la représentation de la pièce. Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 19 février 1910¹, rendu dans une affaire « Sacha Guitry contre Théâtre du Vau-deville », s'est ainsi prononcé sur la valeur juridique de la clause inscrite dans un traité passé par la Société, aux termes de laquelle, pour tout manuscrit déposé par un auteur entre les mains du directeur d'une entreprise théâtrale, celui-ci délivrera à l'auteur un récépissé de dépôt daté et signé. La Cour a estimé que cette clause inscrite dans l'intérêt de l'auteur sociétaire, ne lui faisait pas perdre le bénéfice des articles 1341 et suivants du Code civil, et qu'il pouvait dès lors prouver la réception de la pièce par tous les moyens.

Ces traités généraux sont, au même titre que la convention collective, des actes juridiques *sui generis*. On ne saurait parler de stipulation pour autrui au profit des membres actuels et futurs de la Société². Car les sociétaires sont également obligés envers la Société et les théâtres, parties aux traités généraux. Ainsi, par exemple, aux termes des statuts de la Société, aucun membre de celle-ci ne peut se faire jouer dans un théâtre qui n'a pas de contrat, et doit de plus respecter les conditions pécuniaires précisées aux traités. Dans la mesure où ces traités sont opposables et profitent à des personnes qui pouvaient ne pas exister au moment où ils ont été conclus, nous nous trouvons en présence d'une application de la théorie moderne des personnes futures, qui dépasse d'ailleurs le cadre de la stipulation pour autrui.

B) *L'assurance contre les accidents.*

Avant la promulgation de la loi du 9 avril 1898³, la victime d'un accident du travail devait, pour obtenir l'indemnité prévue par les articles 1382-1383 du Code civil (malgré d'ingénieuses tentatives pour placer la question dans le champ de la responsabilité contrac-

1. D. P. 1913.2.35.

2. *Contra* : René Demogue, *Traité des obligations*, t. VII, n° 740.

3. D. P. 98.4.49.

ielle) rapporter la preuve que l'accident était dû à une faute ou à une négligence du patron. Cette faute existait quelquefois, mais le plus souvent l'accident était dû à un fonctionnement défectueux par cas fortuit, de l'outillage moderne des entreprises industrielles. Ainsi se développèrent deux types différents d'assurance contre les accidents du travail : l'assurance collective et l'assurance de responsabilité civile.

Par la première, le patron, conformément à certaines causes des règlements d'ateliers, assurait ses ouvriers contre les risques qu'ils couraient dans leur travail. Les primes étaient payées de ses deniers personnels ou au moyen de retenues opérées sur les salaires. Cette assurance était particulièrement précieuse dans les cas fréquents où aucune faute proprement dite n'était imputable au patron.

D'autre part, les employeurs pouvaient avoir intérêt à contracter des assurances de responsabilité civile, contre les conséquences éventuelles de leur *faute* : ils agissaient alors dans leur intérêt personnel sans doute, mais aussi dans l'intérêt des ouvriers présents et futurs de leur entreprise.

Dans la mesure où le bénéfice de l'assurance collective ou de l'assurance de responsabilité civile profitait à des ouvriers qui n'existaient pas au moment de la signature de la police ; dans la mesure où les polices d'assurance désignaient comme bénéficiaires les enfants nés et à naître de l'ouvrier sinistré, l'on se trouvait en présence d'une de ces hypothèses où une personne future peut recueillir un droit ouvert antérieurement à sa conception.

a) Quelle était la nature de l'assurance collective ? S'agissait-il d'une stipulation pour autrui ? Y avait-il lieu de reconnaître aux ouvriers le droit à une action directe contre la compagnie d'assurances ? Cette action était particulièrement utile en cas de faillite de l'employeur, puisque les ouvriers recueillaient le bénéfice de l'assurance à l'exclusion de ses autres créanciers.

Les clauses des polices étaient libellées dans des sens

fort divers. Les unes stipulaient que l'indemnité serait versée exclusivement entre les mains de la victime. D'autres disposaient que l'assurance ne créait de lien de droit qu'entre la compagnie d'assurances et l'employeur et c'est par application de clauses de ce second type, que certaines décisions ont refusé tout droit personnel et direct aux ouvriers à l'encontre de l'assureur.

L'ouvrier ne pouvait donc exercer que les droits et actions de son employeur, en conformité de l'article 1166. Mais dans ce cas, d'après la théorie classique des obligations, l'ouvrier ne pouvait conserver le bénéfice exclusif des sommes qu'il avait fait rentrer dans le patrimoine de son débiteur. Comment éviter cette conséquence peu équitable ?

M. Labbé¹ proposa de conférer à l'ouvrier un droit de préférence « que le bon sens déclare nécessaire et qui est conforme à l'intention des parties ». Mais comme l'a fait remarquer M. Edouard Lambert, on ne pouvait admettre un privilège fondé non sur la volonté du législateur, mais sur la seule équité.

M. Tarbouriech² essaya alors de baser le recours direct des ouvriers contre la compagnie d'assurances sur l'idée que la compagnie payait la dette en qualité de mandataire du patron. M. Tarbouriech a vu dans le contrat passé entre la compagnie et l'employeur un mandat donné dans l'intérêt de ce dernier. Mais on lui a objecté que le mandat était toujours révocable en principe et que l'on ne pouvait pas admettre cette conséquence en l'espèce³. Le même auteur a insisté d'autre part sur le droit qu'avait la compagnie de ne pas payer l'indemnité entre les mains du patron, d'après les termes mêmes de certaines polices. Mais alors, comment parler d'action oblique, puisqu'un créancier ne peut pas au moyen de l'article 1166 exercer des droits qui n'appartiennent même pas à son débiteur.

1. Labbé, note sous Paris, 30 octobre 1885, S. 86.2.49.

2. Tarbouriech, *Des assurances contre les accidents du travail*, thèse Paris, 1889, p. 224 à 227.

3. E. Lambert, *op. cit.*, p. 295.

La Jurisprudence des Cours d'appel ¹ a de bonne heure accordé une action directe à l'ouvrier en déclarant que le patron en s'assurant se comporte vis-à-vis de ses ouvriers en gérant d'affaires. Le fait, notamment, par les ouvriers de laisser prélever sur leurs salaires des retenues destinées au paiement des primes constitue une ratification de cette gestion, qui leur confère dès lors un droit personnel. Les compagnies d'assurances émues de cette jurisprudence nouvelle ont alors formellement déclaré qu'elles n'entendaient créer aucun rapport juridique entre elles et les ouvriers. Les Cours d'appel ² ont néanmoins refusé d'en tenir compte et ont maintenu leur façon de voir, méconnaissant ainsi la volonté certaine des parties.

M. Edouard Lambert ³ a adressé à cette jurisprudence deux critiques dont l'une seulement nous paraît justifiée. Soulignant le fait que l'assurance collective peut profiter à des personnes futures, il a affirmé qu'on ne pouvait pas gérer l'affaire d'une personne future, que par suite de la ratification le géré se trouvait dans la situation d'un mandant alors qu'une personne future ne pouvait pas être partie à un contrat. Mais nous avons déjà répondu à cette objection. La ratification n'est pas de l'essence de la gestion d'affaires, qui fait naître un engagement indépendamment de toute convention.

L'autre remarque était plus juste. « Il n'y a gestion d'affaires, a dit M. Edouard Lambert, que quand le gérant a stipulé *au nom du géré*, quand il a manifesté la volonté de s'effacer et de devenir complètement étranger au contrat à partir du jour où par sa ratification, le géré s'approprierait non seulement les avantages, mais aussi les charges du contrat. Or ce n'est pas le cas en l'espèce, puisque le patron contracte en *son nom personnel*, puisque lui seul sera débiteur des primes. » Et

1. V. notamment, Cass., 1^{er} juillet 1884, S. 85.1.409; Cass., 23 juillet 1884, D. 85.1.168.

2. Rennes, 22 mars 1887, S. 87.2.199, D. 88.2.224; Dijon, 11 juin 1890 D. 91.2.237.

3. E. Lambert, *op. cit.*, p. 309.

M. Edouard Lambert de conclure que l'on se trouvait en présence d'une application de la stipulation pour autrui.

C'est cette façon de voir qui a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu par la Chambre civile à la date du 15 mai 1899¹, dans les termes suivants : « Lorsqu'un arrêt constate qu'un patron a contracté avec une compagnie d'assurances, en son nom et au profit de ses ouvriers, une assurance collective contre les accidents dont ceux-ci pourraient être victimes ; qu'il ne leur a pas fait connaître cette assurance collective contre les accidents dont il a payé les primes de ses deniers sans exercer aucune retenue sur les salaires ; de ces constatations, il résulte que le contrat intervenu entre le patron et la compagnie d'assurances constitue non une gestion d'affaires, mais une stipulation pour autrui. »

La Chambre civile a rejeté en conséquence le pourvoi introduit contre un arrêt de la Cour de Douai, qui statuant sur les conséquences d'un accident survenu avant la promulgation de la loi du 9 avril 1898, avait admis la recevabilité de l'action contre la compagnie d'assurances et mis hors de cause le patron, la stipulation pour autrui ne conférant aux bénéficiaires aucune action contre le stipulant.

b) En ce qui concerne les *assurances de responsabilité civile* souscrites par l'employeur contre les accidents survenus par sa *faute* à ses ouvriers, la théorie de la stipulation pour autrui pouvait également être soutenue, bien que, dans cette hypothèse, l'employeur en s'assurant ait été poussé directement et principalement par son intérêt personnel, et non plus, comme dans l'assurance collective, par l'intérêt de ses ouvriers présents et futurs.

Mais un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, rendu à la date du 30 octobre 1906², à l'occasion d'un accident *survenu avant la mise en vigueur de la*

1. D. P. 1900.1.69.

2. S. 1908.1.441.

loi du 9 avril 1898, se prononça en sens contraire, « lorsqu'un patron, en s'assurant contre les conséquences de la responsabilité civile pouvant lui incomber à raison d'accidents survenus par sa faute à ses ouvriers, n'a pas agi comme mandataire de ses ouvriers, mais a stipulé en son nom et dans son intérêt personnel, les effets du contrat dans l'intention des parties constatée par les juges du fond, étant strictement limités aux parties et la compagnie d'assurances n'ayant pas entendu avoir les ouvriers comme créanciers, aucun lien juridique n'existe entre la compagnie d'assurances et les ouvriers. En conséquence, l'ouvrier victime d'un accident n'a pas d'action directe contre la compagnie ».

La loi du 9 avril 1898 a créé le risque professionnel. L'employeur est responsable de plein droit des accidents survenus à l'ouvrier au cours ou à l'occasion de son travail. En raison de ce risque mis à leur charge par la législation nouvelle, les patrons se sont assurés contre les accidents du travail dont pouvaient être victimes leurs ouvriers, créanciers éventuels des indemnités forfaitaires fixées par la loi de 1898.

Mettant un terme aux discussions doctrinales, apportant une solution équitable à un problème particulièrement délicat, le législateur a consacré le droit *direct* pour les ouvriers victimes d'accidents du travail, de réclamer le bénéfice de l'assurance contractée par le patron, puisque, aux termes de l'article 16 de la loi de 1898, modifiée par la loi du 31 mars 1905¹, l'assureur doit être mis en cause et doit être substitué au chef d'entreprise pour le paiement des rentes.

Mais pour les *risques non prévus par la loi du 9 avril 1898*, la détermination des droits de l'ouvrier contre l'assureur en cas d'assurance collective ou de responsabilité civile contractée par le patron, soit moyennant une retenue sur les salaires, soit sans aucune retenue, demeurerait sous l'empire des règles antérieures : L'assurance collective faisait naître une action directe au profit de

1. D. P. 1905.4.101.

l'ouvrier. Un arrêt de la Cour de Nîmes, en date du 3 août 1909¹, adoptait à la suite de la Cour de cassation la thèse de la stipulation pour autrui et déclarait recevable l'action directe contre la compagnie d'assurances.

D'autre part, en dehors des cas prévus par la loi, l'assurance de responsabilité ne conférait ni action directe ni droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de l'auteur de l'accident. Cette solution était peu équitable. L'indemnité était destinée à réparer un dommage causé à la personne. Elle était la compensation du préjudice matériel et moral subi par la victime ou ses ayants droit. Était-il admissible qu'une indemnité destinée à réparer un dommage de cette nature soit détournée de sa destination juridique et sociale et serve à diminuer le degré d'insolvabilité de l'auteur de l'accident au profit de l'ensemble de ses créanciers.

La loi du 28 mai 1913² est venue écarter ces solutions peu équitables. Elle a complété l'article 2102 du Code civil, en conférant le caractère privilégié aux créances « nées d'un accident, au profit des tiers lésés par cet accident ou de leurs ayants droit, sur l'indemnité dont l'assureur de la responsabilité civile se reconnaît ou a été judiciairement reconnu débiteur à raison de la convention d'assurance ». La loi décide en conséquence qu'aucun paiement fait à l'assuré ne sera libératoire tant que les créanciers privilégiés n'auront pas été désintéressés.

Mettant un point final à cette évolution, l'article 53 de la loi du 13 juillet 1930³ est venu confirmer cette innovation législative en décidant que « l'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé, tout ou partie de la somme due par lui tant que ce tiers n'a pas été désintéressé jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ».

Ainsi, tant en vertu de l'article 2102-8° du Code civil et de la loi du 13 juillet 1930 que de l'article 16 de la

1. Nîmes, 3 août 1909, S. 1910.2.307.

2. D. P. 1913.4.49.

3. D. P. 1931.4.34.

loi du 9 avril 1898, la victime d'un accident du travail ou d'un accident simple aura au même titre que ses ayants droit une action directe contre la compagnie d'assurances et un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de l'auteur de l'accident est failli ou insolvable.

Signalons pour terminer qu'il adviendra parfois que cette action directe basée soit sur l'article 16 de la loi de 1898, soit sur l'article 2102-8° du Code civil, soit attribuée à des personnes futures inexistantes au moment de la souscription de la police.

§ 5. — LE CAUTIONNEMENT DES FONCTIONNAIRES ¹.

On désigne sous le nom de « cautionnement » soit la somme que certains fonctionnaires, comptables, officiers ministériels, régisseurs ou adjudicataires, doivent verser au Trésor comme garantie de leur gestion ou de la bonne exécution de leur entreprise, soit la garantie en rentes ou en immeubles qu'ils fournissent aux lieu et place de cette somme à l'Etat, aux départements, communes ou établissements publics.

On a rapproché le cautionnement « administratif » du contrat de gage. Comme le gage, en effet, il consiste dans la remise matérielle d'une valeur destinée à désintéresser le créancier pour le cas où le débiteur ne remplit pas ses engagements. En outre, le cautionnement des fonctionnaires et titulaires, au même titre que le gage, confère à certains de leurs créanciers déterminés par la loi un droit de préférence et un droit de rétention sur la chose qui en est l'objet, à l'encontre de leurs autres créanciers. Peut-être même pourrait-on parler de stipulation pour autrui. L'Etat, en exigeant le versement du cautionnement stipulerait dans son intérêt personnel et subsidiairement dans l'intérêt des créanciers du fonctionnaire ou du titulaire de l'office.

Mais il est assez décevant de faire appel en cette

1. Ratier, *Le cautionnement des fonctionnaires*. Thèse, Toulouse, 1910.

matière aux règles du droit privé. Nous pensons que ces rapprochements laissent dans l'ombre un caractère essentiel de cette institution, le fait que le cautionnement garantit une créance *éventuelle* pouvant appartenir aux personnes présentes et futures, victimes possibles des délits ou quasi-délits commis par le fonctionnaire ou le titulaire de l'office dans l'exercice de sa fonction ou de sa profession. Le cautionnement est en réalité l'aboutissement d'une évolution historique qui déborde le cadre classique de la notion de gage. Il convient donc d'étudier cette institution sans idée préconçue.

Le cautionnement est exigé de certains fonctionnaires publics et spécialement des comptables publics à raison des fonds dont ils sont dépositaires. Il est exigé également des officiers ministériels en raison de la fonction qu'ils exercent dans l'intérêt particulier des citoyens, obligés d'avoir recours à leur ministère. Enfin, certaines personnes qui n'exercent cependant aucun emploi public ont été astreintes au cautionnement dans l'intérêt de l'Etat, des départements, communes, établissements publics ou encore des simples particuliers : Il en est ainsi pour les adjudicataires ou concessionnaires de fournitures et de travaux.

D'après l'article 97 de la loi du 28 avril 1816, le cautionnement des fonctionnaires et comptables publics devait être fourni en numéraire. Cependant, certaines dispositions législatives ou réglementaires ont admis des cautionnements d'une nature différente, en immeubles notamment pour les conservateurs des hypothèques ou en rentes sur l'Etat.

En ce qui concerne les droits des créanciers, nous dirons simplement qu'il peut exister sur ces cautionnements des fonctionnaires ou des titulaires d'offices ministériels, deux sortes de privilèges : un privilège de premier ordre pour frais de charge est conféré au Trésor ou aux particuliers victimes de délits ou de quasi-délits commis dans l'exercice de la fonction ou de la profession. Un privilège de second ordre est admis en faveur des bailleurs des fonds nécessaires à la constitution du cautionnement.

Le moyen ordinaire pour assurer la conservation des droits des créanciers sera la saisie-arrêt faite au Trésor. La saisie-exécution ne serait pas possible, puisque le titulaire n'a pas la possession de son cautionnement.

Nous rappellerons que ces créanciers pourront être des personnes inexistantes au moment de la constitution du cautionnement. Nous nous trouvons ainsi en présence d'un gage « lato sensu » conféré à des personnes présentes indéterminées ou futures pour garantir le paiement de créances éventuelles.

§ 6. — LES CONCESSIONS DE SERVICES PUBLICS ET LES PERSONNES FUTURES.

Le développement des villes au xix^e et au xx^e siècle, parallèle à l'essor de l'industrie, a donné naissance à des besoins nouveaux, en même temps qu'il rendait possible la satisfaction de besoins anciens sous des formes modernes. L'eau, la chaleur, la lumière, les moyens rapides de transports devaient et pouvaient être largement dispensés aux habitants des villes et des campagnes. Dans ce but, les communautés urbaines ont cherché à organiser, sans souci du profit immédiat, des exploitations économiques, pour l'avantage commun de leurs membres.

On ne pouvait laisser faire la concurrence : ces exploitations industrielles mettaient en jeu à un tel degré l'intérêt général que la puissance publique, Etat, département ou commune devait être nécessairement conduite, sinon à les diriger personnellement, du moins à exercer sur elles un contrôle permanent¹. D'autre part, ces services exigeaient le plus souvent des installations fixes sur le sol ou dans le sous-sol de la voie publique : il en était ainsi notamment pour l'adduction de l'eau, du gaz et de l'électricité. Il serait arrivé ce qui est advenu pour le service des chemins de fer, dans presque tous les

1. Henri Truchy, *Cours d'économie politique*, t. I, p. 196.

pays : la concurrence n'est que passagère ; elle aboutit fatalement à des ententes et à des monopoles de fait, qui rendent précaire cette règle d'impartialité à l'égard de l'usager, indispensable dans une société moderne, et qui rendent possible l'exploitation des intéressés.

Bien des villes ont préféré établir à leur profit des monopoles de droit. Elles ont aussi concédé à des particuliers la charge d'exploiter le service public en question. A l'acte de concession sera annexé un *cahier des charges* imposées au concessionnaire au profit de l'Administration et des usagers, c'est-à-dire des personnes présentes et futures qui viendront demeurer dans le ressort de l'exploitation concédée. Nous nous trouvons ici encore dans un des cas où une personne peut puiser un droit personnel dans un acte passé antérieurement à sa conception.

Ces contrats « d'utilité publique » sont passés également par l'Administration départementale pour les concessions de tramways électriques, par l'Etat pour les concessions de chemins de fer, de mines, de forces hydrauliques. Nous nous attacherons spécialement aux contrats d'utilité publique passés par les communes.

L'étude rapide des rapports entre les usagers présents et futurs, et le concessionnaire va nous conduire à mi-chemin entre le Droit public et le Droit privé. Elle nous permettra de préciser la nature juridique du cahier des charges, dont nous pouvons dire d'ores et déjà qu'il participe de la nature du règlement.

Dans les rapports entre concessionnaire et concédant, l'acte de concession règle, en principe, d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives des parties. La hausse des prix de revient constitue un aléa du marché qui demeure aux risques et périls du concessionnaire. Mais la guerre et ses suites ont créé pour certaines concessions de services publics des difficultés financières graves¹. Les concessions municipales d'éclairage et de chauffage par le gaz ont été touchées

1. Note Appleton, sous Req., 4 mai 1921, D. P. 1922.1.43.

par la hausse des prix du charbon. La hausse considérable des matières premières a également affecté les autres catégories de concessions en même temps que certaines formes d'exploitations industrielles se trouvaient concurrencées par des formes nouvelles plus économiques.

Pouvait-on, devait-on s'en tenir à la loi du contrat ? Le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé. Il a estimé que la concession n'est pas seulement un contrat, mais un mode d'organisation et de gestion d'un service public¹. Or, tout ce qui concerne l'organisation et la gestion des services publics est matière légale et réglementaire. N'est-ce pas la loi elle-même qui a prévu la faculté, pour l'Administration, de concéder l'exploitation de ces services, qui a prescrit les formalités d'homologation administrative auxquels sont soumis ces actes de concession².

Or, tout service public doit être permanent parce que les besoins qu'il est appelé à satisfaire le sont également. Mais il doit également pouvoir s'adapter aux besoins du moment. Comme on l'a dit si bien, « permanence et variabilité, tels sont les caractères primordiaux des services publics, concédés ou non³ ». Dès lors, le concédant conservera le droit, dans l'intérêt du service, de prescrire au concessionnaire toutes les modifications et additions qu'il jugera nécessaire. Mais, en revanche, le concessionnaire, en présence de conjonctures bouleversant l'économie du contrat, aura des droits analogues⁴ : à cet égard, le Conseil d'Etat a fait une heureuse distinction.

Les conditions économiques nouvelles ont-elles créé un bouleversement *temporaire* des conditions du contrat ? Dans ce cas, le concessionnaire aura droit à une indem-

1. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 10^e édit., p. 754. — Gaston Jèze, *Principes généraux de Droit administratif*, 2^e édit., p. 250-284 et suiv.

2. Loi du 5 avril 1884, art. 115 et 133, § 10, D. P. 84.4.25.

3. Appleton, note précitée. — Cf. Hauriou, *loc. cit.* ; Jèze, *loc. cit.* ; Romieu, conclusions sous Conseil d'Etat, 22 mai 1903, D. P. 1904.3.1 ; Conseil d'Etat, 27 juin 1913, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, p. 765.

4. Conseil d'Etat, 11 mars 1910, D. P. 1912.3.49, conclusions Léon Blum. — Cf. exposé des motifs de la loi du 3 décembre 1908, D. P. 1909.4.33.

nité¹. Mais ce mode de concours financier était peu pratique : il aurait rapidement épuisé les finances municipales. Le Conseil d'Etat a préféré accorder au pouvoir concédant le choix entre une indemnité en capital à payer au concessionnaire et une augmentation des tarifs équivalente, imposée aux usagers du service concédé.

Mais les conditions économiques nouvelles peuvent avoir créé une situation *définitive* qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose. Les tarifs ont atteint « leur plafond », parce que toute majoration nouvelle provoquant une véritable *fuite* des usagers est impuissante à combler le déficit². Le service a cessé d'être viable : par exemple, les tramways sont délaissés pour les autobus parce que ces derniers fournissent un service meilleur à prix égal.

Le pouvoir concédant peut, par réglementation de police, atténuer les effets de la concurrence. Il peut même donner au concessionnaire un monopole de droit pour les transports en commun. D'autre part, lorsque l'électricité a été utilisée pour l'éclairage, le Conseil d'Etat a reconnu que les sociétés gazières avaient un droit de priorité pour cette nouvelle invention. Mais, en principe, le concédant ne saurait être tenu d'assurer, aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable. Cette situation nouvelle constitue alors un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession³.

Quelle est, maintenant, la situation des personnes demeurant dans le ressort de l'exploitation concédée ?

Ils peuvent réclamer le bénéfice des clauses inscrites

1. Arrêt de principe du Conseil d'Etat, 30 mars 1916, D. P. 1916.3.25.

2. Conclusions de M. Josse, sous Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, D. P. 1933.3.17, note R. Pelloux.

3. Conseil d'Etat, arrêt du 9 décembre 1932, précité.

au cahier des charges de la concession. Certes, le cahier des charges n'est que la substance des polices individuelles, il ne les remplace pas. Mais il confère des droits même en l'absence de toute police individuelle. Ainsi, le bénéfice de l'installation gratuite de l'éclairage électrique prévue au contrat de concession ayant été refusé à une personne, par le motif qu'elle ne remplissait pas les conditions exigées par le cahier des charges, le Conseil d'Etat a jugé que cette personne, *non abonnée*, était recevable à agir comme invoquant un droit fondé sur une stipulation au profit du public insérée par la ville et le concessionnaire dans le contrat de concession en faveur des bénéficiaires *éventuels*, de la distribution de l'éclairage électrique¹.

Les titulaires des polices d'abonnement pourront demander l'exécution des clauses inscrites au cahier des charges : clauses de compétence, clauses relatives aux tarifs. A cet égard, un arrêt récent de la Chambre des Requêtes du 9 décembre 1935², a décidé que, lorsqu'un concessionnaire d'un réseau électrique a volontairement majoré un tarif auquel il ne pouvait déroger, il a ainsi perçu, en connaissance de cause, des sommes auxquelles il n'avait pas droit, et cette constatation implique l'existence des conditions exigées par l'article 1378 du Code civil et justifie la condamnation du concessionnaire au remboursement des intérêts de retard depuis le jour du paiement de l'indu.

Le concessionnaire sera également tenu de respecter l'égalité entre les abonnés ; il ne devra pas, au sein d'une même catégorie, conférer un traitement de faveur à certains d'entre eux.

Les usagers pourront demander des dommages-intérêts si la fourniture du gaz est irrégulière ou s'il se produit une interruption fortuite du courant électrique.

En revanche, le concessionnaire pourra opposer aux abonnés signataires de polices individuelles toutes les

1. Conseil d'Etat, 29 octobre 1926, D. H. 1926.567, D. P. 1928.3.4.

2. *Gaz. Pal.* 1936.1.365.

clauses inscrites en sa faveur dans le cahier des charges, comme, par exemple, les clauses de garantie d'un minimum de consommation.

Quid maintenant des relèvements de tarifs ? Sont-ils applicables immédiatement aux abonnés en cours de contrat ? Sur ce point, une évolution intéressante s'est produite dans la Jurisprudence de la Cour de cassation.

Deux points sont certains. Voici le premier. A défaut d'une disposition législative en ce sens, le concessionnaire ne pourra pas, en vertu d'un simple avenant instituant un relèvement de tarifs, faire payer à l'usager dans le passé un prix qui serait l'application rétroactive du tarif.

Voici le second point : les nouveaux tarifs s'appliqueront certainement aux polices d'abonnement conclues postérieurement à l'élévation des tarifs. Mais s'appliqueront-ils aux contrats en cours ? Par un premier arrêt en date du 19 juillet 1920¹, la Chambre des Requêtes décida que la convention intervenue entre le concessionnaire et l'abonné continue à régir les rapports des parties jusqu'à son expiration normale et n'est pas modifiée par l'élévation du tarif maximum.

Mais la Cour suprême ne pouvait persévérer dans cette voie. Le relèvement des tarifs, correspondant à l'imprévision, ne permettait au concessionnaire de poursuivre l'exploitation du service public que s'il s'appliquait immédiatement aux abonnés en cours de contrat. Comment ces derniers, au nom de leurs conventions pourraient-ils retarder l'exécution d'une mesure que la puissance publique elle-même était dans l'obligation d'accepter, en vue de sauvegarder le caractère permanent du service.

Aussi, par un arrêt en date du 4 mai 1921², la Chambre des Requêtes revenant sur sa Jurisprudence antérieure a décidé que les relèvements provisoires de tarifs modifiant le prix du gaz en fonction de celui du charbon.

1. D. P. 1922.1.43.

2. D. P. 1922.1.43.

approuvés par l'autorité administrative, s'imposent à tous ceux auxquels le gaz est fourni par le concessionnaire, les abonnés n'ayant le droit d'exiger de celui-ci la fourniture du gaz qu'à la condition de payer les redevances régulièrement établies.

Un arrêt de la Cour de Lyon ¹, immédiatement après, a jugé dans le même sens, que les modifications apportées au cahier des charges par l'accord des pouvoirs publics et du concessionnaire peuvent valablement imposer aux usagers, en vue d'assurer la continuation du service, des charges qui n'avaient pas été prévues lorsque l'abonnement a été contracté. C'est en vain que l'abonné invoquerait l'article 1134 du Code civil, et soutiendrait que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. L'article 1135 prend soin de préciser, en effet, que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, *l'usage ou la loi* donnent à l'obligation *d'après sa nature* ». Ainsi, même en demeurant dans le cadre du Droit privé, on peut soutenir que le relèvement des tarifs, accepté par la puissance publique, est une suite que l'usage et la loi donnent à l'obligation de l'abonné en raison de sa nature.

Nous pouvons maintenant préciser en connaissance de cause, la nature juridique du cahier des charges.

On a d'abord parlé de mandat donné par les usagers à la puissance publique : mais, peut-on soutenir que le préfet ou le maire sont les mandataires des citoyens, au sens civiliste du mot ? Il s'agit là d'un abus de termes. On ne peut pas, non plus, parler de gestion d'affaires, puisque, comme l'a dit excellemment M. Delamain ², les administrateurs « sont les organes des collectivités, et, quand ils veillent aux intérêts communs, ils ne gèrent pas l'affaire d'autrui, ils exercent leurs fonctions qu'ils ont non seulement le pouvoir, mais le devoir d'exercer ».

1. Lyon, 25 juillet 1921, D. P. 1922.2.19.

2. Delamain, *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, Paris, 1910.

On a soutenu, enfin, que les clauses du cahier des charges qui intéressent le public constituent une stipulation pour autrui au profit de personnes présentes et futures, dans les termes de l'article 1121 du Code civil. La puissance publique, lorsqu'elle stipule dans l'intérêt des citoyens, n'a-t-elle pas un intérêt moral évident à ce que, sur une portion déterminée du territoire, commune et département, ou sur l'ensemble du territoire national, les services publics soient parfaitement assurés pour le plus grand bien des citoyens.

Si le stipulant peut, malgré l'acceptation des bénéficiaires, modifier le caractère et la portée de la stipulation, s'il peut convenir avec le promettant d'un relèvement des tarifs, c'est que le bénéfice de la stipulation pour autrui n'a été transmis à l'abonné que sous les modalités et les réserves contenues dans cette stipulation, réserves relatives notamment au caractère variable des tarifs.

Mais nous pensons que l'institution d'un service public a une autre portée et répond à une autre conception que ces institutions de pur Droit privé¹. Nous sommes ici dans le domaine de ce que M. Ambroise Colin a appelé le Droit *collectif*. Une stipulation pour autrui « est faite une fois pour toutes par un individu au profit d'un ou de plusieurs individus déterminés ou déterminables, qui l'invoquent pour eux exclusivement à titre de Droit subjectif, et, dès ce moment, elle ne pourra plus être révoquée, alors que le service public est organisé pour une collectivité anonyme d'une façon *objective*, par une autorité jouissant des prérogatives de puissance publique, et le Droit de l'usager, même s'il s'analyse en une créance, peut être modifié par l'autorité aussi souvent qu'elle le juge utile² ».

De plus, comme on l'a fait très justement remarquer, l'action du contribuable qui exerce les droits de la com-

1. Cf. Charles Blaevoet, note sous Cass. civ., 24 octobre 1933, D. P. 1935. 1.33.

2. Blaevoet, note précitée.

mune en conformité de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, pourra porter, non seulement sur ce qui intéresse l'usager, mais aussi sur tout le fonctionnement général du service.

La nature juridique du cahier des charges déborde donc du cadre civil de la stipulation pour autrui. On pourrait qualifier cette institution de stipulation pour autrui de Droit public ; en laissant entendre, par ces mots, qu'elle reste dominée par la notion de service public, dont la permanence permettra de donner satisfaction aux besoins des habitants présents et futurs de la commune, du département ou de l'Etat.

**

Dans le cadre de ces contrats d'utilité publique se rangent certaines conventions par lesquelles une ville s'engage envers l'Administration à conférer tel ou tel avantage à tel fonctionnaire déterminé. Un arrêt ancien de la Cour de cassation du 13 juin 1877 ² nous en fournit un exemple. Une convention était intervenue entre la ville de Pamiers et le département de l'Ariège. Moyennant l'établissement d'une seconde brigade de gendarmerie dans la ville, le Conseil municipal de Pamiers s'engageait envers l'Administration, le 28 novembre 1869, à fournir au capitaine de gendarmerie, le jour où, par suite de l'établissement de la brigade à pied, il faudrait le déposséder de son logement, une indemnité annuelle de 125 francs. Au cours de l'année 1872, le capitaine est effectivement dépossédé de son logement devenu indispensable pour le casernement de la brigade. Le capitaine alors en fonctions demande à la ville l'indemnité qu'elle s'était engagée envers le département à lui payer.

Cette demande ne pouvait être accueillie que si l'on admettait, d'une part, que l'Administration n'avait pas seulement stipulé dans son intérêt, mais aussi dans l'intérêt d'un tiers. D'autre part, il fallait admettre que la stipulation pouvait s'adresser à une personne future et indéterminée. En l'espèce, la gendarmerie de Pamiers

1. S. 77.1.307, D. P. 78.1.415.

n'avait pas la personnalité morale. Le capitaine ne pouvait invoquer qu'un droit personnel en tant qu'individu. Or, il s'agissait d'une personne indéterminée au moment de la délibération du Conseil municipal ; il aurait pu s'agir même d'une personne future, non conçue au moment où s'était produit l'acte juridique dont elle réclamait le bénéfice.

La Cour de cassation accueillit néanmoins la demande en décidant que cette stipulation était valable dans les termes de l'article 1121 du Code civil.

§ 7. — LES PERSONNES PHYSIQUES FUTURES DANS LE DROIT DES SOCIÉTÉS.

Nous avons déjà indiqué que l'une des caractéristiques les plus précieuses des personnes morales modernes, des sociétés anonymes, par exemple, c'est qu'elles peuvent *durer*. Elles ne sont pas enfermées dans les limites étroites de la vie de leurs membres présents, mais, au contraire, largement ouvertes à tous les êtres à venir, et cela grâce à certaines créations de la technique juridique, nous voulons parler des titres négociables, et, plus particulièrement, des titres au porteur.

La société émettrice s'engage à *payer* une somme d'argent déterminée entre les mains de celui qui lui présentera le titre à l'époque fixée pour son échéance¹. Le porteur pourra se prévaloir de la règle de l'opposabilité des exceptions sans s'inquiéter des rapports juridiques qui ont pu s'établir entre la société et ceux qui, avant lui, ont possédé le titre. D'autre part, le souscripteur, c'est-à-dire la société émettrice, n'aura pas à se *soucier* de la légitimité des droits du réclamant et ne sera pas, en principe, exposé à payer deux fois.

L'institution de ces titres au porteur permettra aux personnes futures non conçues au moment de l'émission des titres d'invoquer, envers la société émettrice, le jour où, par leur naissance, elles pourront devenir titulaires

1. Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, n° 1066 et suiv.

de droits actuels ou conditionnels, un *Droit direct*, sur lequel le jeu des transmissions antérieures n'aura exercé aucune influence.

Sur tous ces caractères, la Doctrine est à peu près d'accord. Mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de préciser la nature juridique du titre au porteur. Des théories diverses ont été soutenues, qui ont eu leur écho dans les décisions de la Jurisprudence.

La Doctrine française a, pendant longtemps, donné au titre au porteur une base *contractuelle*. Le droit du porteur dérive du contrat passé entre le souscripteur et le premier preneur lors de l'émission du titre. L'inopposabilité des exceptions résulte d'une clause accessoire tacite par laquelle le souscripteur renonce à invoquer contre le dernier porteur, en Droit le dernier *délégataire*, toute exception qui ne lui est pas personnelle et ne résulte pas du titre lui-même. Le titre n'est ici qu'un simple écrit probatoire.

On trouve un reflet de cette théorie dans un arrêt récent de la Cour de cassation du 25 mars 1931¹, reproduisant la formule à laquelle s'est arrêtée la Jurisprudence pour justifier l'inopposabilité des exceptions, et aux termes duquel « le débiteur d'un titre au porteur *accepte d'avance* pour ses créanciers directs tous ceux qui en deviendront successivement porteurs.

Mais, si le contrat primitif est entaché d'un vice susceptible de le faire annuler, tel que vice du consentement, absence de cause ou cause illicite, la stipulation accessoire de renonciation est nécessairement entachée de la même nullité que le contrat dont elle fait partie.

Il faut, selon nous, abandonner résolument le terrain contractuel. Le Droit du porteur dérive directement de l'engagement que la société assume envers lui, en déclarant sa volonté de disposer au profit de ce porteur présent ou à venir d'un élément de son patrimoine. Cet engagement par volonté unilatérale devient irrévocable

1. Cass. civ., 25 mars 1931, D. P. 1931.1.62, note A. Wagner.

dès que le titre est mis en circulation¹, sans qu'il y ait à rechercher si la société a fait une émission volontaire ou si elle a été victime d'un vol. Le titre n'est plus ici un simple écrit probatoire, c'est un titre juridique *solennel*, dans lequel le droit de créance s'est incorporé. On a contesté que cette incorporation soit complète. « Le droit abstrait du porteur ne s'en détache pas moins du titre puisque toutes les législations ont pris soin d'organiser une procédure pour permettre à l'actionnaire ou à l'obligataire de faire valoir ses droits, contre la société en cas de perte ou de vol. » Et l'on ajoute : « N'est-ce pas la meilleure preuve qu'il y a dans le titre au porteur autre chose qu'un meuble corporel² ? »

Mais l'objection ne tient pas, selon nous. Il faut soigneusement distinguer entre le droit de créance incorporé *dans* le titre au porteur et le droit *sur* le titre au porteur qui peut être un droit de propriété, un droit d'usufruit, un droit de gage, etc., de la même façon que l'on fait la distinction entre le meuble corporel et le droit s'exerçant sur ce meuble. En cas de perte ou de vol du titre, le porteur a perdu le droit de créance incorporé *dans* le titre, mais il a conservé le droit *sur* le titre qu'il pourra exercer en conformité de la loi de 1872, laquelle ne fait, d'ailleurs, qu'appliquer les principes régissant la perte et le vol des meubles corporels inscrits aux articles 2279, 2280 du Code civil.

Cette théorie de l'incorporation a eu son écho dans certaines décisions de Jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris du 23 juin 1919³ déclare qu'« en matière de titres au porteur le droit s'incorpore au titre et se confond avec lui, de telle sorte que le porteur du titre est présumé être titulaire du droit que ce titre constate et qu'il peut exiger de l'établissement débiteur les prestations qui y sont afférentes.

Cependant, M. Henri Capitant, tout en admettant

1. Cf. Cass., 23 octobre 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.812.

2. Paul Pic, *Des sociétés commerciales*, t. II, n° 723.

3. S. 1920.2.181, note Morel.

l'existence d'un engagement par volonté unilatérale du souscripteur envers le dernier porteur du titre, déclare que cet engagement est nécessairement greffé sur un contrat passé entre le souscripteur et le premier créancier titulaire du titre. Selon lui, ce contrat serait nécessaire pour conférer l'existence juridique au titre au porteur¹.

Mais cette thèse ne peut se concilier avec la solution admise par la Cour suprême en matière fiscale, il est vrai, aux termes de laquelle « des obligations au porteur *dépourvues d'un souscripteur originaire*, et remises par une société en garantie d'une avance qui lui est faite par un syndicat avec stipulation que le produit de la réalisation des titres sera affecté à mesure qu'elle aura lieu au remboursement de la somme avancée, doivent être, cependant, considérées comme ayant reçu une existence juridique, conférant au bénéficiaire un droit propre sur le titre² ».

Enfin, selon nous, la société est obligée envers le dernier porteur, même si la mise en circulation des titres est le résultat d'un vol. Or, on ne peut, dans cette hypothèse, parler d'un contrat originaire entre le souscripteur et le créancier originaire³.

*
**

A la matière des titres négociables se rattache la question des garanties spéciales, d'ordre hypothécaire notamment conférées aux porteurs de titres, plus précisément aux obligataires. L'institution des obligations hypothécaires négociables nous met en présence d'un cas où une personne future peut devenir titulaire éventuelle d'un droit réel accessoire à un droit de créance, constitué

1. A. Colin et H. Capitant, t. II, p. 160, n° 174.

2. Chambres réunies, 16 mars 1904, D. P. 1904.1.321.

3. Nous n'admettons la théorie de l'engagement unilatéral de la *société*, envers le porteur du titre, qu'autant qu'il s'agit d'*obligations*. S'il s'agit d'*actions*, l'engagement unilatéral envers le futur porteur de l'action émanera des *co-actionnaires*. Nous développerons plus bas l'idée d'après laquelle la personnalité morale de la société n'apparaît que dans ses rapports avec les tiers (Livre II, Première partie).

antérieurement à sa conception. Ce droit réel, de même que le droit de créance dont il est l'accessoire, est incorporé dans le titre. Il pourra être exercé par le dernier porteur qui pouvait n'être pas conçu au moment où l'hypothèque a été conférée.

La société qui émet un emprunt, pour attirer les capitaux dont elle a besoin, peut se décider à concéder aux futurs obligataires des garanties hypothécaires sur son actif immobilier. Mais le succès ne sera certain que si la garantie réelle promise est assurée aux souscripteurs au moment même où ils souscrivent.

La question se pose alors de savoir si l'on peut conférer une hypothèque en garantie d'une créance future, et si l'on peut surtout conférer un droit réel, accessoire il est vrai, à des personnes futures et indéterminées.

La première objection n'a pas été retenue par la Doctrine, et la Jurisprudence a reconnu la validité des hypothèques consenties en garantie d'une dette future, pour sûreté d'une ouverture de crédit, par exemple. Mais la seconde difficulté est plus sérieuse. Le concours des volontés qui existe dans l'hypothèse de l'ouverture de crédit, fait défaut dans le cas présent. Il n'y a pas de *convention* possible entre la société et les souscripteurs éventuels, en vue de la constitution de l'hypothèque. La Doctrine et la Jurisprudence ont fait entrer, cependant, ce *negotium juris* dans le cadre de la gestion d'affaires. Il suffira pour cela qu'un tiers quelconque, par exemple un employé de la société ou l'un des banquiers qui servent d'intermédiaire à l'émission comparaisse dans l'acte constitutif et déclare accepter l'hypothèque au nom des futurs souscripteurs. Un arrêt de la Cour d'Aix du 8 avril 1878¹ a fait l'application de ces principes dans une hypothèse un peu spéciale. La ville de Marseille avait vendu des terrains à une société qui, ne disposant pas des fonds suffisants pour payer les terrains achetés, convint avec la ville, aux termes d'un traité en date du 23 janvier 1856, d'émettre des obligations. La société

1. Aix, 8 avril 1878, S. 79.2.313.

constituait hypothèque sur ses terrains au profit des souscripteurs futurs. L'émission a lieu. Plus tard, la société est mise en liquidation. Les obligataires invoquent l'hypothèque conférée par la convention du 23 janvier 1856, et inscrite en leur nom par les soins du maire de Marseille. La Cour d'Aix accueille leur demande et admet la validité de l'hypothèque inscrite par le maire, qui s'était comporté, semble-t-il, comme gérant d'affaires des futurs obligataires. M. Edouard Lambert a critiqué cette solution¹. La Cour d'Aix, dit-il, semble avoir cru qu'on pouvait gérer l'affaire de personnes futures ou indéterminées, alors qu'on ne pouvait pas stipuler pour elles. Il faut, ajoute-t-il, renverser la proposition et dire qu'on peut stipuler en leur faveur, mais non pas gérer leur affaire. Nous croyons qu'en l'espèce il s'agissait bien d'une stipulation pour autrui. La stipulation faite par la ville au profit des souscripteurs futurs était la condition d'une stipulation qu'elle faisait pour elle-même. La ville était trop directement intéressée au succès de l'emprunt pour que l'on puisse parler de gestion d'affaires.

Mais, dans la majorité des cas, la théorie de la gestion d'affaires est parfaitement soutenable, sans qu'il faille accueillir, nous l'avons vu, la thèse admise par M. Edouard Lambert, d'après laquelle l'on ne peut pas gérer l'affaire d'une personne future.

Un arrêt de la Chambre civile du 20 octobre 1897² a ainsi décidé que l'inscription de l'hypothèque pouvait être requise par un gérant d'affaires, et elle pouvait être valablement inscrite pour le compte des propriétaires actuels et futurs des obligations émises par la société, avec la seule indication du numéro des titres. S'agissant de bénéficiaires dont le droit réside dans la détention de titres au porteur, le créancier est suffisamment désigné par la seule indication du titre en vue duquel l'hypothèque a été consentie. »

1. Edouard Lambert, *op. cit.*, p. 343.

2. D. P. 1922.1.49, note Sarrut.

Cette manière de procéder a été consacrée par le projet de loi sur les obligations voté par le Sénat, le 9 décembre 1924, aux termes duquel, « au cas où des sûretés particulières telles que des privilèges ou hypothèques, ou d'autres causes légitimes de préférence doivent appartenir aux porteurs d'obligations, ces sûretés peuvent être constituées avant l'émission et elles sont valablement acceptées au nom de la masse des futurs obligataires par un gérant d'affaires ». Ce projet est inspiré de l'institution anglo-américaine des trustees.

Mais l'intervention d'un gérant d'affaires n'est qu'un artifice de la technique juridique. Un projet différent voté par le Sénat en 1884 respectait davantage la réalité des faits et adoptait le système de la *prénotation*. « Lorsqu'un emprunt à réaliser sous forme d'obligations devra avoir pour sûreté la concession d'une hypothèque, la délibération ou l'acte autorisant cette hypothèque sera constaté en la forme notariée. Les administrateurs ou gérants devront requérir dans les formes ordinaires une inscription éventuelle au profit de la masse des futurs porteurs d'obligations. L'hypothèque ultérieurement constituée prendra rang du jour de cette inscription ¹. »

Quelle est la nature juridique de cette opération dénuée d'artifices. Il s'agit, selon nous, d'une hypothèque conférée en vertu d'un engagement par volonté unilatérale, subordonné à la réalisation de l'emprunt. Ce qu'il faut expliquer, en effet, c'est le fait que la société est obligée *directement et réellement* envers le dernier porteur. De qui celui-ci tient-il ses droits ? On peut, à la rigueur, soutenir que le trustee gérant d'affaires a géré l'affaire du premier souscripteur, mais on ne saurait prétendre que ce gérant a géré l'affaire des porteurs successifs.

L'engagement unilatéral pris par la société cessera d'être révocable lorsque « l'appel à la foi publique » aura été entendu, et que l'emprunt aura été souscrit. A

1. V. Houpin et Esvieux, *Traité des sociétés*, t. I, n^o 597 et suiv.

ce moment, la constitution hypothécaire ayant été acceptée sera devenue définitive. On ne saurait contester la régularité de l'opération. Le consentement du créancier peut, en effet, intervenir après coup, et surtout il n'a pas besoin d'être constaté authentiquement.

En résumé, l'hypothèque peut être conférée, sans que les créanciers aient été représentés à l'acte, pourvu qu'ultérieurement une inscription soit prise en leur nom, lorsque les souscriptions seront closes. L'accomplissement de cette formalité dont l'effet rétroagira au jour de la constitution du gage, devra être considéré comme une acceptation tacite, juridiquement suffisante.

APPENDICE.

REMARQUES SUR LES PERSONNES PHYSIQUES FUTURES EN DROIT COMPARÉ

On peut dire qu'en matière de successions et de dispositions à titre gratuit, l'incapacité des non-conçus en Droit comparé est la règle générale, la capacité l'exception.

Signalons, cependant, qu'aux termes de l'article 764 du Code civil italien, sont capables de succéder et recevoir par testament les enfants à naître d'une personne déterminée, qui est vivante au moment du décès du testateur. Cette exception s'imposait en raison de la prohibition générale des substitutions fidéicommissaires même du premier rang, en droit italien ¹. La Cour de cassation d'Italie tient même pour valables vis-à-vis des tiers de bonne foi les conventions faites par le père comme représentant des « nascituri » ainsi que par le curateur nommé selon le critère des articles 157 et suivants du Code civil italien ².

L'incapacité des non-conçus existe également en Droit anglais, sauf en matière de substitutions. Mais l'institution du trust permet, dans certains cas, de porter remède à cette incapacité : il n'est pas nécessaire, en effet, que le trust soit fait au profit d'un sujet de Droit ³.

1. *Encyclopedia giuridica italiana*. V° Successions, p. 76, n° 190.

2. *Contra* : L. Coviello, *La rappresentanza dei non concepiti et la buona fede dei terzi*, Foro 1932.I.1315, cité dans la *Revue trimestrielle de Droit*, 1936, p. 447.

3. Lepaulle, *Traité des trusts*, p. 169.

Le Droit suisse admet la stipulation pour autrui au profit d'une personne future¹.

Nous ne pouvons, enfin, passer sous silence une institution très importante du Droit musulman, le habous ou wakf. Le fondateur du habous dispose de la nue-propriété de tout ou partie de ses biens au profit d'œuvres pieuses et attribue l'usufruit de ces biens à des dévolutaires successifs suivant un ordre déterminé. Or, aux termes de la loi musulmane, sont capables d'être dévolutaires toutes personnes physiques ou morales capables de posséder des biens, présentes ou futures, nées ou à naître, infidèles ou musulmanes².

1. Demogue, *Traité des obligations*, t. VII, p. 254.

2. *Pandectes françaises*, V° *Donations et Testaments*, nos 14158 et 14107.

LIVRE SECOND

La condition juridique
des
personnes morales avant leur naissance.

PREMIÈRE PARTIE

Les personnes morales futures de Droit privé.

TITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

Cette partie de notre étude est consacrée aux personnes morales futures de droit privé. Nous avons vu, dans les pages qui précèdent, que l'expression « personne physique future » correspondait à une réalité exactement définie : l'être humain avant sa conception. Nous sommes passés rapidement sur cette définition, parce qu'elle n'offrait point de difficultés, et nous avons aussitôt examiné dans quelle mesure un être humain pouvait revendiquer des droits ouverts antérieurement à sa conception.

Nous ne pouvons ici procéder de la même façon : il convient de définir au préalable, dans le cadre du droit privé, la notion de personne morale, puis celle de personne morale future, nous réservant, à la fin de cet essai, d'étudier les personnes morales futures de droit public.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE PERSONNE MORALE

La notion de personne morale englobe des réalités juridiques diverses, les associations, les sociétés, les fondations, pour ne parler que des plus importantes : quel est l'élément commun que l'on retrouve à la base de toutes ces entités juridiques ?

Ces entités sont des sujets de droits et de devoirs. Elles sont titulaires de droits et d'obligations actives et passives. En accordant à ces entités la qualité de sujets de Droit, on ne fait qu'obéir aux nécessités de la vie juridique et économique. L'individu laissé à ses seules ressources a un champ d'activité limité dans tous les domaines. Soit qu'il veuille s'enrichir, soit qu'il songe à satisfaire ses besoins intellectuels et moraux, ou à donner libre cours à ses sentiments altruistes, ses efforts ont une intensité et une durée limitées. Ils sont surtout enfermés dans les limites étroites de la vie humaine.

Pour donner sa plus large extension à la capacité juridique qu'il convient d'accorder à l'être humain, il fallait lui permettre de créer des êtres nouveaux aux moyens d'action multipliés, nés d'un concours de volontés ou de la manifestation d'une volonté unique, dont l'expression dans l'un et l'autre cas aurait revêtu des formes légales, et doués d'une vie moins brève que la vie humaine.

Cette création, qui est socialement nécessaire, comment est-elle juridiquement possible ?

Savigny¹ et l'Ecole allemande avec Puchta² et Windscheid³ ont fait appel à la notion de *fiction*. La personnalité juridique, selon eux, est le corollaire nécessaire d'une volonté libre ; or des personnes morales comme les associations, les sociétés, les fondations n'ont pas réellement de volonté comparable à celle de l'être humain. Si donc l'on veut bien les considérer comme des sujets de Droit, c'est là le résultat d'une fiction. Ils sont arrivés à soutenir que cette personnalité fictive résultait exclusivement d'une *concession* de l'Etat. Cette théorie servait sans conteste des fins politiques.

En essayant de donner à ces créations juridiques une base plus sérieuse que celle de la fiction, la doctrine allemande est arrivée par un processus curieux à nier la personnalité juridique. Elle a suivi deux voies différentes.

Brinz⁴ et Bekker⁵ ont soutenu que le patrimoine de ces entités constituait un patrimoine sans sujet affecté à un but déterminé et qui était soustrait pendant une durée fixée à l'appropriation privée. C'était un patrimoine d'affectation : *Zweckvermögen*.

Mais certaines collectivités peuvent se former et vivre pendant un certain temps sans posséder ce patrimoine. Dans la matière des associations notamment, les éléments patrimoniaux ont, malgré tout, une importance secondaire.

D'autres jurisconsultes, au premier rang desquels se place Jhering⁶, ont soutenu dans une voie différente que dans toute prétendue personne morale, il n'y avait que des *hommes groupés*. Ce sont ces personnes physiques, associés ou bénéficiaires de la fondation, qui sont propriétaires de ce patrimoine collectif. Parler de pro-

1. Sur les différentes théories, cons. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, 2 vol., 3^e édit., par Louis Trotabas, t. I, p. 16 et suiv.

2. Michoud, *ibidem*.

3. Michoud, *ibidem*.

4. Michoud, *ibidem*.

5. Michoud, *ibidem*.

6. *Esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 340 et suiv.

priété de la personne morale constitue une fiction inexacte et inutile ; les individus réunis sont les seuls titulaires de cette propriété *sui generis*, que l'on a qualifiée tantôt de copropriété avec indivision, tantôt de propriété collective, tantôt de propriété en main commune.

Mais, comme l'a fait remarquer M. Saleilles¹, on ne saurait parler de propriété collective au sujet des fondations. Peut-on, sans abus de langage, soutenir que les pauvres secourus sont les vrais titulaires du patrimoine de la fondation ?

Ces objections ont paru décisives à la Doctrine française moderne. Les travaux de MM. Saleilles² et Michoud³ ont établi la « réalité juridique » de la personne morale. Cette thèse devait être admise quelle que fût la manière dont on analysât la notion de sujet de Droit.

On a mis en lumière, en effet, dans la notion de Droit subjectif, tantôt l'élément volonté, tantôt l'élément intérêt.

Nous avons déjà insisté sur la nécessité d'attribuer une importance prépondérante à l'élément intérêt, et nous avons défini, suivant la formule classique, le sujet de Droit : un intérêt juridiquement protégé.

Or, des personnes morales, comme les associations, les syndicats, les sociétés civiles et commerciales, les fondations, poursuivent des fins qui ne se confondent pas avec celles que leurs membres ont individuellement en vue. Elles constituent, dans la vie sociale, des « centres d'intérêts juridiquement organisés », distincts des intérêts de leurs membres. Les intérêts permanents d'une société anonyme, par exemple, sont autre chose et plus que la somme des intérêts individuels de ses divers actionnaires. A plus forte raison, l'intérêt juridique qui s'incarne dans une fondation ne se confond pas avec l'intérêt de ses bénéficiaires actuels.

En ce qui concerne l'élément volonté, il est aisé de

1. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 440.

2. Saleilles, *op. cit.*

3. Michoud, *op. cit.*

montrer que les êtres collectifs ont une volonté juridiquement efficace. Pour ce qui est de l'association, cette volonté s'exprime par les décisions de l'assemblée générale de l'association, dont les membres du bureau ne sont que les mandataires. La volonté de la société anonyme s'exprime de la même façon par les votes de la majorité légale de l'assemblée générale des actionnaires dont les membres du Conseil d'administration sont les mandataires. Enfin, la volonté de la fondation s'exprime par les décisions de son Conseil d'administration.

Cette théorie conduira logiquement à admettre que l'intervention de l'Etat dans la création des personnes morales de Droit privé n'est nullement nécessaire.

Les personnes morales de Droit privé naissent, en principe, d'un concours de volontés. Ce concours de volontés, qui apparaît nettement dans la matière des associations et des sociétés, semble faire défaut pour les fondations, mais, en fait, il existe : en Droit positif français, la fondation s'analyse en fin de compte en une convention de Droit public à laquelle l'Etat est nécessairement partie. Il faut, en effet, insister sur ce fait que, pour la création de cette personne morale qu'est la fondation, la volonté du fondateur est aussi nécessaire que la volonté de l'Etat. Il convient de préciser la nature de cette convention. La Doctrine allemande l'a excellemment définie¹ : une libéralité acceptée par l'Etat avec charge au profit des bénéficiaires, tiers indéterminés. Le fondateur est lié dès que son offre de fondation et la demande de reconnaissance ont été transmises aux pouvoirs publics. Le stipulant, en l'espèce l'Etat, est toujours maître de révoquer la stipulation pour des motifs d'ordre public. Il en sera ainsi notamment si la fondation a cessé de correspondre à un but socialement utile : convention de Droit public par conséquent, donnant naissance à un être de Droit nouveau.

Mais ce concours de l'Etat n'est pas impérieusement

1. Gierke, dans *Bekker und Fischer. Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung*, etc., 18 Heft 1889, p. 45 et suiv.

commandé par les principes généraux du Droit. La fondation pourrait être l'œuvre de la volonté unique du fondateur, volonté qu'il ne pourrait pas rétracter dès qu'elle aurait été soumise à des mesures de publicité que le législateur serait qualifié pour édicter. S'il est vrai qu'en Droit positif la fondation n'acquiert la personnalité juridique que par le décret la déclarant d'utilité publique, il n'en reste pas moins que cette intervention pourrait ne pas présenter les caractères d'une formalité de *constitution*. Certes, l'Etat, représentant de l'intérêt général et gardien de l'ordre public, est parfaitement recevable à intervenir en la matière, mais son intervention pourrait simplement présenter les caractères d'une formalité de *fonctionnement*, et se borner à un simple enregistrement analogue à celui exigé des Compagnies d'assurances sur la vie, par le ministère du Travail.

Ainsi la puissance publique ne crée pas la personne morale. Mais son rôle n'est pas pour cela réduit à néant. L'Etat doit intervenir pour réglementer les formes que la volonté humaine, multiple ou unique doit emprunter lorsqu'elle vise à créer un être de droit nouveau. La personne morale apparaît quand cette ou ces volontés humaines ayant en vue un intérêt collectif ont organisé sa protection conformément à la loi.

Notre formule est ainsi extrêmement large. Nous pensons en effet, avec la majorité des auteurs ¹ et la jurisprudence ², que les simples sociétés de personnes jouissent de la personnalité morale. On a contesté « qu'à la suite d'un simple accord des volontés entre individus qui se connaissent et se choisissent pour mettre en commun leur fortune et leur activité dans le but d'en retirer des bénéfices et de se les partager, un nouvel être prenne naissance qui se superposera aux associés et masquera leur personnalité ³ ».

1. V. notamment, Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, nos 126 et suiv.

2. V. les deux arrêts célèbres de la Cour de cassation, 23 février 1891, S. 92.1.73, et 2 mars 1892, S. 92.1.497, avec les notes de M. Meynial.

3. Pierre Lescot, *Essai sur la période constitutive des personnes morales de Droit privé*, thèse Dijon, 1913, p. 28.

Mais, dans une société de personnes, comme dans une société de capitaux, il y a toujours un centre d'intérêts collectifs distincts des intérêts individuels de chacun des adhérents de la société. Certes, la considération de la personne des associés joue ici un rôle prépondérant, mais l'autonomie de ce centre d'intérêts résulte d'une façon péremptoire de ce droit de préférence accordé aux créanciers sociaux sur le patrimoine social, par rapport aux créanciers personnels. Voilà le fait déterminant qui nous paraît militer en faveur de la reconnaissance aux sociétés de personnes de la personnalité morale. On a fait d'ailleurs valoir à l'appui de cette thèse des arguments d'ordre pratique concernant notamment la représentation en justice de la société. Ces arguments ont paru décisifs à la jurisprudence, mais ils sont théoriquement d'une importance secondaire.

*
**

A côté de ces personnes morales du droit privé dont la création suppose un concours de volontés humaines agissantes, l'évolution du droit positif français permet d'affirmer l'existence autonome de la catégorie juridique de la *masse* : masse des créanciers d'un commerçant en état de faillite, masse des chargeurs en cas d'avarie commune, masse des porteurs de parts et des obligataires dans les sociétés par actions. (Loi du 30 janvier 1929 et décret-loi du 30 octobre 1935.)

On peut dire que la masse est une société *sui generis* constituée par la volonté de la loi. Le législateur, voulant rester fidèle à la notion légale de société supposant un partage de bénéfices aux termes mêmes de l'article 1832 du Code civil, se devait de créer une catégorie juridique nouvelle correspondant aux groupements dont les membres réunis par la volonté de la loi pour des raisons d'utilité sociale étaient censés avoir pour but d'éviter une perte. C'est le cas des « créanciers dans la masse ». Ils poursuivent un but intéressé évaluable en numéraire : Voilà pourquoi la catégorie juridique de l'association ne saurait convenir. Mais ce but intéressé ne

consiste pas dans le partage de bénéfices. Cette société *sui generis* est publiée du fait même de la publicité du jugement déclaratif de faillite ¹.



Il convient maintenant de délimiter le champ d'action de cette personnalité juridique que nous avons largement reconnue à tous les êtres moraux de droit privé. Selon nous, ce champ d'action est parfaitement défini : Il n'y a de personnalité morale qu'*externe* ; la personnalité de l'association, de la société, de la fondation n'apparaît que dans ses rapports avec les *tiers*. Cet intérêt collectif qui s'incarne dans la personne morale n'existe que pour les tiers. Il n'y a pas de rapport contractuel entre elle, d'une part, et ses différents membres, d'autre part.

M. Hauriou a fait remarquer à juste titre : « En soi, la donnée d'une situation contractuelle entre une collectivité et les membres de cette collectivité pour constituer les rapports de l'un des termes avec l'autre est incompréhensible, en ce que les deux termes ne sont pas des parties qui puissent s'opposer l'une à l'autre, mais des éléments d'un même tout organique. On n'imagine pas un contrat entre la tête et la main, ni un compromis juridique entre le cœur et la tête pour établir leurs relations organiques ². »

M. Hauriou a été amené à soutenir que les associations ou les sociétés rentraient dans le cadre du droit statutaire et non dans le cadre du droit contractuel. Ces personnes morales reposeraient sur une « institution ». La thèse institutionnelle a d'ailleurs, suivant les auteurs, pris des formes diverses. Mais tous les auteurs ont mis l'accent sur un trait constant : la suprématie du but collectif sur les volontés individuelles.

Ainsi l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 définit

1. V. sur la masse de la faillite : Heroil et Meller, « La masse en matière de faillite ; ses droits, ses obligations », *Revue générale de Droit commercial*, 1938, n° 1, p. 50.

2. Hauriou, « L'Institution et le Droit statutaire », *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1906, p. 177.

l'association : « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices ». La loi ajoute que cette convention « est régie quant à sa validité par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ». Cette définition est pour ainsi dire complémentaire de celle de l'article 1832 du Code civil relatif au contrat de société.

Mais comment concilier la thèse du contrat avec le fait que l'association survit au décès de l'un des associés, que dans la pratique et malgré l'absence d'une réglementation légale comparable à celle de la loi du 24 juillet 1867, les décisions de la majorité, aux termes des statuts, sont opposables à tous les membres de l'association.

Avec la thèse institutionnelle, au contraire, ces caractères deviennent aisément compréhensibles. Les volontés particulières ne sauraient entraver le cours normal de la vie organique de la personne morale et le libre fonctionnement de ses organes juridiques.

En ce qui concerne les sociétés, la notion de contrat est en contradiction formelle avec les règles qui permettent les modifications au pacte social, votées par l'Assemblée générale extraordinaire. Ici encore la thèse institutionnelle intervient pour expliquer ces effets juridiques que la théorie du contrat ne pourrait justifier.

Nous ne pensons pas cependant qu'il soit nécessaire de faire appel à des théories extra-contractuelles en la matière. Toute association, toute société repose sur un *contrat*, contrat non pas entre la société d'une part et ses membres d'autre part, — en cela, la remarque de M. Hauriou est parfaitement exacte, — mais contrat entre ses différents membres. Si, au cours de la vie sociale, certaines règles sont observées qui sont en contravention flagrante, avec le principe que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, avec cette prédominance nécessaire de l'*intuitus personae* qui est à la base du droit contractuel, c'est que « les conventions

obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Telle est la règle inscrite à l'article 1135 du Code civil.

Il est certain que « dans toutes les situations précédant un contrat, il y a un corps de droits et d'obligations virtuelles établi par les lois et règlements qui ont tracé le cadre de l'activité juridique des individus¹ ». L'article 1135 est le correctif obligé du principe de l'autonomie de la volonté dont on a pu dire qu'il était un mythe. Le contenu de l'obligation de l'associé ou de l'actionnaire résulte donc de la portée de son engagement, mais aussi de la loi elle-même, ou encore de l'usage. L'actionnaire par exemple est tenu de par la loi de se plier aux décisions de la majorité légale des assemblées générales, de la même façon que l'employeur, nonobstant toute clause contraire, est tenu de respecter le délai de préavis. Il n'y a là rien d'exclusif de la notion de contrat.

*
**

Ainsi dans les rapports entre associés, tout s'explique par l'idée de contrat, sans qu'il faille faire appel à une prétendue personnalité interne de la personne morale. Aux yeux des tiers, sans doute, c'est l'être collectif qui est propriétaire et titulaire des obligations actives et passives qui constituent le patrimoine de la personne morale. Aux yeux des associés, il n'y a qu'une masse de biens et de droits mis en commun. Voilà ce qu'il y a d'exact dans la théorie du patrimoine d'affectation. Dans la vie interne de la personne morale, il n'y a que des hommes groupés. Il était inutile de chercher à définir le régime de ces biens mis en commun, de parler de copropriété avec indivision, de propriété collective, de copropriété en main commune. Ce régime de biens n'est pas « innommé » : Il est précisément qualifié par les Codes des noms d'association ou de société.

1. Ch. Blaevoel, note sous Cass. civ., 24 octobre 1933, D. P. 1935.1.33.

Encore que la personnalité morale de la société n'intervienne que dans ses rapports avec les tiers, il convient de préciser sous quelle forme cette intervention se produit. Elle se produit lorsque les mandataires de la personne morale invoquent *contre* les tiers l'existence juridique de ce centre autonome d'intérêts organisés. C'est là un point essentiel. Il arrivera en effet que certaines collectivités jouissent d'une demi-existence juridique en ce sens que leur vie en tant qu'entités indépendantes pourra être invoquée contre elles par les tiers, sans que ceux-ci puissent se la voir opposer. Il en sera ainsi par exemple des sociétés de fait, pour lesquelles on ne pourra en aucun cas parler de personnalité morale dont la caractéristique essentielle est la pleine opposabilité *erga omnes*.

CHAPITRE II

LA NAISSANCE DE LA PERSONNE MORALE

La signification et la portée du terme « personne morale » étant ainsi définies, nous devons maintenant préciser le moment de la naissance de la personne morale où celle-ci apparaît sur la scène de la vie juridique avec l'aptitude à devenir sujet de droits et de devoirs. Nous allons envisager cette question successivement pour les différentes catégories de personnes morales de droit privé.

A) *Les associations.*

La loi du 1^{er} juillet 1901 a consacré la liberté d'association. L'article 2 de la loi dispose que « les associations de personnes pourront se former librement, sans autorisation, ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5 de la loi ».

L'article 5 impose aux fondateurs l'obligation de procéder à la déclaration préalable de l'association et au dépôt de ses statuts à la Préfecture du département.

En l'absence de cette déclaration, l'association est privée de toute personnalité juridique. Mais, de plus, le défaut de déclaration est assorti d'une double sanction : d'une sanction civile d'abord, puisqu'aux termes de l'article 7 et 2 de la loi, la dissolution de l'association non déclarée pourra être prononcée, à la requête de tout intéressé ou du ministère public. D'une sanction pénale, ensuite, puisqu'aux termes de l'article 8, § 1^{er}, de la loi, les personnes chargées de procéder à la déclaration sont

passibles à défaut d'accomplissement de cette formalité d'une amende de 16 à 200 francs, et du double en cas de récidive.

On oublie généralement de dire que la législation française a prescrit une autre formalité : le décret du 16 août 1901¹, portant règlement d'administration publique sur l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, dispose en effet que la déclaration à la préfecture, prévue par les articles 5 et 2 de la loi, doit être dans le délai d'un mois « rendue publique » au moyen de l'insertion au *Journal officiel* d'un extrait contenant la date de la déclaration, le titre et l'objet de l'association, ainsi que l'indication de son siège social.

La question se pose alors de savoir quelle est la situation d'une association déclarée, non publiée, ou encore d'une association déclarée qui a été publiée tardivement.

Un arrêt de la Cour de Paris du 14 mai 1910² a décidé que ne pouvait ester en justice, ni par suite citer directement devant le tribunal correctionnel, un prévenu pour délit de chasse sur terrain d'autrui le président d'une société de chasse publiée au *Journal officiel* postérieurement au jour où les faits délictueux se seraient produits et où l'assignation a été délivrée à sa requête alors même que ladite société aurait été déclarée antérieurement à la préfecture.

La Cour de Besançon, par un arrêt du 27 mai 1936³, a jugé dans le même sens que l'existence et les statuts d'une association nouvellement déclarée n'étaient opposables aux tiers qu'après la publication par insertion au *Journal officiel*. Ces décisions rigoureuses sont évidemment conformes à l'intérêt des tiers. Elles ne sont pas cependant à l'abri de la critique. Nous le verrons plus bas lorsque nous examinerons la vie externe des personnes morales futures.

La Cour de Besançon a d'ailleurs admis dans l'arrêt

1. Sirey, *Recueil des Lois*, 1901-1905, p. 285.

2. Paris, 14 mai 1910, *Gaz. Trib.*, 17 septembre 1910.

3. Besançon, 27 mai 1936, *Revue des Sociétés*, 1937, p. 11, note Georges Cantenot, et *Gaz. Pal.* 1937.1, V^o Association, n^{os} 1 et suiv.

précité que les modifications apportées aux statuts d'une association déjà déclarée et publiée sont opposables aux tiers, par le seul fait de la déclaration effectuée à la préfecture (art. 3 du décret du 16 août 1931).

En ce qui concerne la publicité tardive, elle sera uniquement sanctionnée par cette règle que la capacité juridique de l'association ne sera opposable aux tiers qu'à partir du moment où cette publicité aura été faite.

Au surplus, le défaut de publicité est sanctionné par l'article 471, § 15, du Code pénal, qui frappe d'une amende de 1 à 5 francs ceux qui contreviennent aux règlements légalement faits par l'autorité administrative.

Le cas d'une association déclarée et non publiée est évidemment très rare. Au point de vue pratique, une association déclarée est toujours publiée. *Ce que nous dirons dans les pages qui vont suivre des associations déclarées devra être entendu des associations déclarées et publiées.*

Ainsi donc, le droit français a institué trois formalités constitutives : une convention d'abord, une déclaration ensuite, enfin une publicité.

Il convient ici de délimiter les effets respectifs de la déclaration à la préfecture, et de la publicité au *Journal officiel*, qui sont indispensables l'une et l'autre à l'association pour qu'elle acquière la personnalité morale.

M. Georges Cantenot a soutenu que la déclaration à la préfecture ne constituait pas une mesure de publicité¹. Et en cela, on ne peut que l'approuver. La déclaration, selon nous, constitue exclusivement une formalité administrative.

Mais on ne peut suivre M. Cantenot lorsqu'il ajoute : « C'est la déclaration préalable qui, grâce au contrôle qu'elle entraîne, va créer la capacité, attribut de la personnalité juridique qui naît à ce moment précis. Il restera à la rendre opposable aux tiers, et c'est la publicité seule qui atteindra ce but. » Pour M. Cantenot, en effet, « une mesure de publicité ne peut pas à elle seule créer

1. Note sous Besançon, 27 mai 1936. *Revue des Sociétés*, 1937, p. 11.

la personnalité morale, mais peut seulement la manifester et la rendre opposable aux tiers¹ ».

Nous avouons ne pas comprendre cette notion de personne juridique non opposable aux tiers. Une personne morale, dont l'existence n'est pas opposable aux tiers, n'existe pas.

Sans doute, lorsque l'association a fonctionné, les tiers peuvent-ils, malgré le défaut de publicité ou de déclaration, invoquer dans leurs rapports avec les membres de l'association son existence autonome. Mais on ne saurait pour cela parler de personnalité juridique. Il s'agit ici plus simplement du principe général de l'article 1382 qui joue également dans la matière des sociétés de fait. C'est de cette façon élégante que les membres de l'association, responsables directement ou indirectement du défaut d'accomplissement des formalités légales, réparent les conséquences de leur faute.

La personnalité juridique ne saurait être basée sur l'article 1382 du Code civil. Et voilà pourquoi selon nous, une association déclarée, non publiée, n'a pas de personnalité morale.

Pour régler les rapports entre ses différents membres, il suffira de faire application du contrat d'association qui les lie l'un envers l'autre.

Peut-on dire dès lors que c'est la publicité au *Journal officiel* qui crée la personnalité morale de l'association ? La formule a besoin d'être corrigée : la publicité à l'*Officiel* n'est qu'une des formalités constitutives exigées par le droit français. Prises isolément, elles ne sont rien. Seule, leur réunion crée la personne morale. Ce que l'on peut dire sans courir le risque de se tromper, c'est que la publicité à l'*Officiel* marque la naissance de l'association comme personne juridique.

Avant la publicité de la déclaration, l'association n'est qu'une personne morale future : il ne saurait y avoir de difficultés, en raison des termes précis de la loi. Disons toutefois que l'on ne peut considérer comme des

1. Note sous Besançon, 27 mai 1936, *Revue des Sociétés*, 1937, p. 11.

personnes morales futures toutes les associations non déclarées. Les membres de cette catégorie d'associations, ayant affecté à un but déterminé un patrimoine important qui se trouve alors soumis aux règles de l'indivision, peuvent donner à cette situation juridique un caractère permanent. Mais on ne saurait parler dans ce cas de personne future sans abus de langage. Il n'y a de personne future que si l'absence de déclaration constitue un état de droit *provisoire* et si la commune intention des associés est de ne pas laisser s'écouler entre la constitution et la publication un laps de temps insolite.

*
**

Les associations déclarées peuvent être reconnues d'utilité publique par décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. Ces associations ont une capacité beaucoup plus étendue que celle des associations simplement déclarées. Elles peuvent notamment recevoir des dons et legs sous réserve de l'autorisation prévue par l'article 910 du Code civil et la loi du 4 février 1901¹ sur la tutelle administrative en matière de dons et legs.

Signalons ici que l'article 35 de la loi du 14 janvier 1933² a institué une catégorie nouvelle d'associations, en concédant aux associations déclarées non reconnues d'utilité publique mais ayant pour but exclusif l'assistance et la bienfaisance, la capacité de recevoir et d'accepter les libéralités entre vifs ou testamentaires, sous réserve de l'approbation par décret en Conseil d'Etat³.

Il est certain que la reconnaissance d'utilité publique ne fait pas apparaître un être juridique entièrement nouveau. C'est simplement l'ancienne personne morale qui voit sa capacité étendue et qui poursuit son existence dans une sphère élargie. On ne pourra donc pas qualifier de personnes futures les associations déclarées qui n'ont pas encore été reconnues d'utilité publique.

1. D. P. 1901.4.14.

2. *Gaz. Pal.* 1933.1.1052.

3. V. sur l'application de cette loi, Conseil d'Etat, 18 juin 1937, D. P. 1937.3.36 et note A. H.

Si la Jurisprudence déclare caducs les legs adressés aux associations déclarées et publiées mais non encore reconnues d'utilité publique au jour du décès du testateur, elle n'est fondée à le faire qu'autant qu'elle invoque le principe constant que la capacité de recevoir par testament doit exister au moment du décès du testateur, et non la prétendue incapacité des non-conçus.

Il y a là, en effet, deux règles voisines mais distinctes :

Il convient de signaler ici que la Société d'Etudes Législatives a préparé en 1929 sur le rapport de M. Demontès¹ un projet attribuant un effet rétroactif à la reconnaissance d'utilité publique, projet dont s'est inspiré M. Marcel Plaisant² dans la proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau du Sénat.

Le rapport de M. Boivin-Champeaux³, au nom de la Commission de Législation civile et criminelle du Sénat, a apporté à cette proposition de loi des modifications intéressantes mais qui n'en changent pas l'économie.

Aux termes de ce texte nouveau, il peut être disposé par testament en faveur d'un établissement existant ou à créer sous la condition qu'il obtienne la reconnaissance d'utilité publique. La demande de reconnaissance doit être formée dans le délai d'un an, à compter de la découverte du testament. La reconnaissance d'utilité publique prononcée sur la demande introduite dans les conditions ci-dessus, rétroagit au jour du décès du testateur.

Nous aurons à commenter ce texte dans le titre troisième de cette partie de notre Essai, consacré à la vie externe des personnes morales futures.

En résumé, l'on réservera la qualification de personne morale future, d'une part à l'association déclarée non publiée et d'autre part à l'association qui n'a pas encore procédé à la déclaration et au dépôt de ses statuts à la Préfecture. *A fortiori*, une association en voie de forma-

1. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1929, p. 147. Discussion, 1930, p. 29 et 154.

2. Sénat, *Documents parlementaires*, 1932, Annexe 8, p. 1.

3. Sénat, *Documents parlementaires*, 1937, Annexe 375, p. 244.

tion ou simplement à l'état de projet doit-elle entrer dans la catégorie des personnes morales futures.

B) *Les sociétés par intérêt.*

Sous cette qualification, rentrent les sociétés civiles d'une part, les sociétés commerciales, en nom collectif et en commandite par intérêt d'autre part. Ces êtres juridiques sont régulièrement constitués lorsque trois formalités ont été accomplies : une convention, la rédaction d'un écrit (art. 1834 du Code civil), une publicité (art. 55, 56, 57, 58 de la loi du 24 juillet 1867).

L'existence d'une convention est d'une importance primordiale. C'est la condition nécessaire de la naissance de la société. En l'absence de convention, la collaboration publique de plusieurs personnes à une même entreprise fait naître une société de fait qui ne jouit pas de la personnalité morale.

La rédaction d'un écrit est prescrite pour les sociétés civiles par l'article 1834 du Code civil et par les articles 39 et 41 du Code de commerce. Malgré le caractère impératif de ces textes, il est certain que l'écrit est exigé uniquement *ad probationem* et non *ad solemnitatem*¹. Cela est conforme à l'esprit général de la technique juridique du droit français. L'article 39 du Code de commerce lui-même renvoie à l'article 1325 du Code civil qui tranche exclusivement une question de preuve. La rédaction d'un écrit n'est donc pas une formalité constitutive. L'existence de la convention pourra être prouvée par l'aveu de la partie adverse.

Restent les formalités de publicité prescrites pour les sociétés commerciales, à l'exclusion des sociétés civiles. S'agit-il là d'une formalité constitutive. Oui sans aucun doute. On a, il est vrai, invoqué à l'appui de la thèse adverse, les termes de l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867, d'après lesquels la publicité de toute société commerciale doit être réalisée dans le mois de sa constitution, ce qui permet d'affirmer la validité des opérations sociales accomplies antérieurement. Il semblerait dès lors que l'accomplissement des formalités de publicité

1. Hémar, *Des nullités des sociétés*, n° 144 et 145.

ne soit pas indispensable pour la constitution de la société.

Mais cette argumentation ne saurait être accueillie : L'article 58 de la loi de 1867, que le décret-loi du 30 octobre 1935 n'a pas modifiée sur ce point, sanctionne, en effet, le défaut de publicité par la nullité, relative en ce sens que les associés ne pourront l'invoquer contre les tiers, ce qui est parfaitement logique. La capacité de la société non encore publiée n'est que provisoire; elle sera rétroactivement effacée si la publicité n'est pas faite ou si elle est faite tardivement, après l'expiration du délai d'un mois prévu à l'article 55 de la loi. Dans l'un et l'autre cas, les intéressés pourront demander aux tribunaux compétents de prononcer la nullité de la société non publiée, qui sera en conséquence privée de la personnalité morale : les créanciers personnels des associés seront dès lors, la nullité prononcée, appelés à concourir avec les créanciers sociaux sur l'apport de leur débiteur.

Certes, la sanction est sévère. On a même fait remarquer qu'elle était contraire à l'esprit de la technique juridique du droit français. La remarque est exacte en apparence seulement. Certes, le défaut d'accomplissement d'une formalité de publicité est, en principe, sanctionné par l'*inopposabilité* et non par la nullité. Mais, en l'espèce, il ne s'agit pas de porter à la connaissance des tiers la teneur d'un acte juridique ordinaire. Il s'agit de la naissance d'un être de droit nouveau issu d'une convention qui ne devrait avoir d'effet qu'entre les parties contractantes. La publicité a ici une valeur *créatrice*. Elle donne une existence sociale à cette sphère d'intérêts collectifs qui, jusque-là, était demeurée secrète.

La Cour suprême a d'ailleurs qualifié en termes excellents la nature des formalités de publicité en droit positif français.

« Elles créent à l'égard des tiers une présomption légale de connaissance des clauses des statuts qui ne peut être combattue par la preuve contraire¹. »

1. Civ., 24 juillet 1919, D. P. 1923.1.112. Cf. Civ., 30 octobre 1918, D. P. 1923.1.101.

Nous pensons, par conséquent, que la publicité est une formalité de constitution, à défaut de laquelle la société ne saurait prétendre à la capacité juridique résultant de la personnalité morale.

Signalons d'ailleurs que si un fonds de commerce est apporté à une société en formation, la publication de l'acte de société contenant apport de ce fonds, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal du siège social, conformément à l'article 56 de la loi, sera suffisante. Il ne sera pas nécessaire, aux termes de l'article 7 de la loi du 17 mars 1909, de procéder à la publicité spéciale, au siège du fonds, prévue par l'article 3 de la loi¹.

Ces développements rapides nous permettent de définir la société de personnes future : la société dont les membres éventuels n'ont pas encore conclu de convention définitive. On remarquera sans doute que nous ne faisons pas intervenir dans cette définition l'élément « publicité ». Pour les sociétés civiles, cela se conçoit puisque la loi ne prescrit pas de publicité. Et, d'autre part, en ce qui concerne les sociétés commerciales, elles peuvent fonctionner dès la conclusion du contrat, et avant toute publicité. De deux choses l'une, alors : ou bien la publicité est réalisée dans le mois, et, dans ce cas, la société est régulièrement constituée, ou bien cette publicité n'est pas faite, et dans ce cas la société est nulle.

Les deux formalités : convention et publicité sont donc solidaires, et il n'existera pas *juridiquement* de phase où l'une d'elles soit régulièrement accomplie sans que l'autre le soit.

*
**

La date de la conclusion du contrat de société marque la naissance de la personne morale. Antérieurement à cette date, des actes peuvent être passés par ses membres futurs où la création de la société à venir est simplement envisagée.

1. Cass., 16 décembre 1936, *Revue des Sociétés*, 1937, p. 78; *Gaz. Pal.* 1937.1.316.

Signalons d'abord une hypothèse curieuse : le cas de la société constituée par clause de porte-fort.

Ainsi une société est formée par l'un des associés avec promesse de fournir l'approbation des co-associés futurs. Ces derniers ratifient ultérieurement la promesse. Fera-t-on alors application du principe constant que la ratification rétroagit au jour où la convention est intervenue. La Cour de cassation ne l'a pas pensé, et elle a décidé, par un arrêt assez ancien d'ailleurs, que la société constituée dans ces conditions n'acquerrait l'existence légale à l'égard des tiers, qu'à dater du jour où la ratification avait été donnée ; que cette ratification n'avait pas pour eux d'effet rétroactif ; que par suite, c'est seulement à partir de la même époque que l'acte de société devenait susceptible de la publication et du dépôt au greffe exigé par l'article 42 du Code de commerce¹.

Mais le problème de la valeur créatrice de « promesses de société » offre un intérêt pratique plus certain.

Quelle est la portée de ces promesses ? Pour répondre à cette question, il faut observer que ces promesses se présentent sous deux formes. La promesse peut être *unilatérale* : une des parties s'engage à former une société avec une autre dès que celle-ci en manifestera l'intention. Mais même dans ce premier cas, il convient de faire une distinction.

La promesse unilatérale de société peut être rédigée avec une précision suffisante, mais relative. Si le promettant refuse ensuite de constituer la société, le stipulant aura droit uniquement à des dommages-intérêts. Mais certaines promesses unilatérales peuvent avoir des effets plus étendus, lorsqu'elles s'analysent en une constitution de société par voie d'option. Voici l'espèce qui s'est présentée récemment devant la Cour d'appel de Paris².

Aux termes d'un contrat de prêt, l'emprunteur reconnaissait au prêteur la faculté d'opter dans un délai déterminé entre son remboursement et la conversion de sa

1. Civ., 4 août 1847, D. P. 47.1.309.

2. Paris, 29 juin 1932, D. P. 1934.2.129, note Paul Pic.

créance en une part de commandite. Cette clause était assortie de stipulations relatives au capital de la société, aux apports des associés, au gérant, au partage des bénéfices et des pertes. La Cour de Paris a décidé que cette clause devait s'analyser en une constitution de société par voie d'option, pleinement valable au regard des dispositions législatives qui régissent le contrat de société. Et le *seul fait de la levée de l'option* réalisant cette promesse constituait définitivement la société au jour de cette réalisation, sans que l'opposition de l'emprunteur puisse y mettre obstacle. Mais, comme la Cour de Paris le souligne dans son arrêt, la naissance de la société date de la levée de l'option. Antérieurement, la société n'existe pas : le lien contractuel qui unit ses membres à venir ne fait pas encore apparaître de personne morale.

La promesse de société peut, d'autre part, être synallagmatique. Il en est ainsi notamment lorsque les parties ont entendu subordonner la constitution de la société à la passation d'un acte sous seings privés ou authentique, qui donnera à leur accord une forme légale, en y apportant les précisions de détail indispensables. En principe, tant que cet acte n'a pas été passé, la société n'existe pas : la rédaction de l'acte écrit n'aura pas non plus d'effet rétroactif. Il en est autrement si la rédaction de l'acte authentique n'a été considérée par les parties que comme un instrument de preuve et non comme la condition nécessaire de la constitution de la société.

Nous pouvons donc dire qu'avant la conclusion de l'accord définitif des associés, une société par intérêt est une personne morale future ¹.

C) *Les sociétés par actions.*

La loi du 24 juillet 1867 a prescrit les formalités qui permettent à la société par actions d'acquérir la person-

1. En ce qui concerne le schéma de leur constitution, les sociétés à responsabilité limitée régies par la loi du 7 mars 1925, se rapprochent davantage des sociétés par intérêt que des sociétés par actions. En effet, au moment même de la convention définitive, les parts sociales sont toutes réparties, intégralement libérées; et au cas d'apports en nature l'acte de société doit d'ores et déjà en comporter l'évaluation.

nalité morale et ses dispositions ont été utilement complétées par le décret du 31 août 1937¹. Antérieurement à la promulgation de ce décret, et bien que la loi ne l'ait pas dit en termes exprès, on admettait que la rédaction des statuts était préalable à la souscription du capital social. Le futur actionnaire ne signait son bulletin de souscription que sur le vu de prospectus contenant tous renseignements utiles au sujet de la société en voie de formation.

Le décret du 31 août 1937¹ a institué sur ces divers points des formalités nouvelles dont l'utilité ne saurait être contestée. Aux termes des alinéas 3 et 4 de l'article 1^{er} nouveau de la loi de 1867, avant toute souscription du capital, un projet des statuts sur papier libre certifié par le fondateur est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège social et doit être communiqué à tout requérant. Le contrat de souscription doit, d'autre part, être constaté par un bulletin de souscription signé du souscripteur ou de son mandataire et reproduisant les mentions essentielles des statuts. Un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être laissé au souscripteur et mention de cette remise doit figurer au bulletin de souscription.

Mais nous devons surtout insister sur les autres formalités fort importantes prescrites par la loi de 1867.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi, la société par actions ne peut être *définitivement constituée* qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement en espèces par chaque actionnaire du montant des actions lorsqu'elles sont de cent francs et au-dessus. Cette souscription et ces versements doivent être constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié. Ce n'est pas tout. La société ne prendra naissance qu'après la tenue des deux assemblées générales appelées d'une part à apprécier et approuver les apports en nature et les avantages particuliers, et d'autre part à désigner le pre-

1. *Gaz. Pal.* 1937.2.1179. — V. le commentaire de ce décret par M. H. Bosvieux, in *Journal des Sociétés*, 1938, p. 1. — V. également André Dalsace, « Les modifications apportées au droit des sociétés par actions », in *Revue des Sociétés*, 1937, p. 297.

mier conseil de surveillance. Aux termes de l'article 5 de la loi, il semble que l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers marque exactement le moment de la création de la société ; la nomination du conseil de surveillance ne serait pas une formalité constitutive.

« Ce Conseil, dit l'alinéa 2 de l'article 5, est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement *après* la constitution définitive de la société et *avant toute opération sociale*. » La nomination du Conseil de surveillance serait-elle dès lors une simple formalité de *fonctionnement*. Nous pensons au contraire que nous sommes ici en présence d'une formalité de constitution. L'article 7 qui détermine la sanction des règles édictées pour la constitution des sociétés prononce, en cas d'inaccomplissement de cette formalité, la même sanction qu'en cas d'inobservation des autres formalités constitutives : la nullité. La nomination du Conseil de surveillance est donc bien une formalité constitutive.

La société par actions prend naissance au moment précis où la deuxième assemblée générale a approuvé les apports en nature et a nommé le premier conseil de surveillance.

Comme on pourra le remarquer, nous ne faisons pas intervenir ici l'élément publicité de la société. C'est que les textes applicables en la matière aux sociétés par intérêts régissent également les sociétés par actions, qui, en conformité de l'article 55 de la loi de 1867, doivent être publiées dans le mois de leur constitution, *à peine de nullité*. Il s'agit donc bien d'une formalité constitutive. Il n'y a pas lieu cependant de tenir compte de cet élément dans la définition qu'il convient de donner de la société par actions « future ». En effet, la validité des opérations sociales accomplies dans le mois de la constitution de la société antérieurement à toute publicité, est subordonnée à l'accomplissement de cette publicité dans le délai prescrit. Si cette publicité est faite, la validité des opérations sociales est désormais à l'abri de toute contestation. Dans le cas contraire, la société est

entachée de nullité. Pour qualifier exactement le mécanisme juridique de cette opération, on pourrait faire appel à la théorie de la condition résolutoire. La société non encore publiée est valable sous condition résolutoire : cette condition étant l'accomplissement de la publicité dans le mois. Les formalités de publicité ne sont pas nécessaires à la société pour vivre mais elles lui permettent de *continuer à vivre*.

Pour déterminer le moment où prend naissance la société par actions, il faudra donc s'attacher uniquement à l'approbation par les assemblées générales des apports en nature et des avantages particuliers. Avant l'accomplissement de cette formalité, la société n'est qu'une personne morale future.

Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer suivant que la constitution est réalisée par voie de constitution entre fondateurs ou par voie de constitution par appel au public.

Dans le premier cas, ces formalités de constitution qui doivent être intégralement accomplies¹ le seront fort rapidement. Les fondateurs s'appliqueront à eux-mêmes le capital social et les actions suivant la proportion qui leur conviendra. « Il n'y aura point lieu alors à souscription mais plutôt à approbation des actions². » S'il n'existe pas de souscripteurs en numéraire en dehors des apporteurs, l'approbation des apports en assemblée générale ne sera plus nécessaire puisqu'aux termes de l'article 4 de la loi de 1867, les apporteurs en nature ne peuvent pas prendre part au vote sur l'approbation des apports. Ce mode de constitution est fort souvent employé. Il présente les avantages de la rapidité. D'ailleurs, les fondateurs ne conserveront pas la totalité des actions. Groupés en syndicat, ils placeront graduellement les actions dans le public au mieux des intérêts de

1. Thaller et Percerou, t. I, n° 498. — *Contra* : Cass., 9 novembre 1887, S. 88.1.449 et note Labbé : En désaccord avec la doctrine, la jurisprudence, en cas de constitution entre fondateurs, exige simplement la souscription intégrale du capital social et le versement du minimum légal sur chaque action de numéraire.

2. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de Droit commercial*, t. I, n° 498

la société, en choisissant le moment propice et en donnant leurs soins au « lancement » de l'affaire. Ce procédé qui a souvent donné lieu d'ailleurs à des abus permettra aux fondateurs de faire d'appréciables bénéfices, si le placement dans le public est réalisé au-dessus du pair, la prime leur restant acquise.

Mais le procédé qu'a eu en vue plus spécialement la loi de 1867 est celui de la mise du capital en souscriptions. Les fondateurs invitent directement le public à souscrire. La souscription intégrale du capital social pourra nécessiter un certain temps, d'une durée variable suivant l'état du marché financier et la façon plus ou moins habile dont l'affaire est lancée. La naissance de la société s'en trouvera évidemment retardée d'autant.

*
**

Signalons, pour terminer, que dans certains cas une augmentation du capital social d'une société existante ou encore la fusion de deux ou plusieurs sociétés, ou enfin la transformation d'une société en une société d'un autre type peuvent donner naissance à une société nouvelle.

En ce qui concerne l'augmentation de capital, elle ne saurait à elle seule imprimer à la société le caractère de société nouvelle. L'objet demeurant par hypothèse le même, c'est la société ancienne qui se perpétue avec des moyens d'action plus puissants. Pour qu'il y eût société nouvelle, il faudrait que l'augmentation du capital se doublât d'autres modifications, telles qu'un changement d'objet ou une répartition différente des bénéfices tendant à imprimer à la société ainsi transformée une physionomie complètement nouvelle¹.

La validité d'une augmentation de capital social est subordonnée à l'observation stricte des formalités constitutives de la loi de 1867². Si le chiffre fixé dans la déli-

1. Cass., 3 janvier 1912, S. 1912.1.129, et note Lyon-Caen. Cf. en matière de sociétés à responsabilité limitée : Trib. de com. du Havre, 20 juillet 1931, *Gaz. Pal.* 1931.2.641.

2. Art. 1^{er} du décret du 31 août 1937 (*Journ. des Soc.*, 1937, p. 617), modifiant en ce sens l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867, et consacrant la jurisprudence antérieure.

bération de l'assemblée des actionnaires n'est pas atteint ou s'il n'est couvert qu'à l'aide de souscriptions fictives, l'émission est nulle, et la société est tenue de restituer les fonds aux souscripteurs, sans intérêts. Un arrêt très remarquable de la Cour de Rouen du 4 janvier 1911¹ a été rendu dans ce sens. Il contient d'ailleurs des considérants qui militent en faveur de la thèse d'après laquelle l'augmentation de capital donne naissance à une société nouvelle : « (En cas d'échec de l'émission destinée à réaliser l'augmentation du capital social) les nouveaux souscripteurs doivent être considérés comme créanciers de la société ancienne (en liquidation), et non comme des actionnaires de la société nouvelle au capital augmenté et c'est à tort que leur serait refusée leur admission au passif, sous prétexte que la nullité édictée par les articles 7 et 14 de la loi du 24 juillet 1867 ne peut être opposée aux créanciers de la société et au liquidateur qui les représente, par des actionnaires ayant fait partie d'une société viciée dans son origine par une cause de nullité la rendant inexistante. Il ne faut pas confondre, en effet, d'une part la société entachée d'un vice originel et dont la nullité sera prononcée rétroactivement, mais qui n'en aura pas moins eu une existence légale et par suite aura contracté valablement avec les tiers, et, d'autre part, une société en voie de formation mais restée à l'état de simple projet par ce qu'elle n'a pu remplir les formalités nécessaires pour son existence légale et qui n'ayant pu affirmer par suite son existence et sa personnalité doit être réputée comme n'ayant jamais existé même de fait. »

En ce qui concerne la fusion de sociétés, il n'y a apparition d'une société nouvelle que dans le cas où deux ou plusieurs sociétés s'étant dissoutes mettent en commun leur actif et se substituent une société nouvelle dans laquelle elles se fondent réellement et s'absorbent d'une façon complète. Toutes les formalités requises par la loi de 1867 devront alors être accomplies à peine de nullité.

1. *Revue des Sociétés*, 1912, p. 340.

Enfin, on admet qu'en principe la transformation d'une société en une société d'un autre type emporte virtuellement dissolution de la société qui se transforme et création d'une société nouvelle lorsque cette transformation n'a pas été prévue et autorisée par la loi ou par les statuts¹. Mais si la transformation a été autorisée par la loi ou par les statuts, si elle est réalisée avec les seuls changements que nécessite l'adoption de la forme choisie, elle s'opère en vertu d'une disposition légale ou statutaire préexistante, dont elle n'est que l'exécution, et a le caractère d'une simple modification du pacte social, ne donnant pas naissance à une personne morale différente. Ces principes ne laisseront pas d'avoir parfois des conséquences curieuses. Voici à cet égard les termes d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 novembre 1937². Ils sont particulièrement clairs et se passent de commentaires. « Une société en nom collectif qui s'est transformée en société à responsabilité limitée est à bon droit considérée comme représentant sous des aspects juridiques et un régime de droit différents, la même personne morale que celle-ci, lorsqu'il résulte de l'acte de transformation que cette transformation ne pourra jamais être considérée comme ayant donné naissance à une société nouvelle, et que la société transformée sera au contraire la continuation de la société en nom collectif qui, d'ailleurs, n'a jamais été dissoute ni liquidée. Par suite, si la société à responsabilité limitée est déclarée en état de faillite, *la cessation de paiements peut être reportée à une date où cette société n'existait pas encore.* »

D) Les fondations.

Il ne s'agira ici que des fondations ayant pour objet la création d'un être de droit nouveau. Nous ne dirons rien des fondations réalisées par voie de legs avec charge

1. Houpin et Bosvieux, *Traité des Sociétés*, t. I, n° 256, et t. II, n° 963 et suiv.

2. D. H. 1938, p. 20.

adressé à une personne morale administrative préexistante.

La fondation n'acquiert la personnalité juridique que par la reconnaissance d'utilité publique prononcée par décret. Il semble bien qu'il faille toujours appliquer en la matière le règlement du 3 avril 1886, qui, modifiant l'article 7 du décret du 2 août 1879, soustrait la question à l'assemblée générale du Conseil d'Etat pour la soumettre seulement à une délibération de section¹.

La Cour suprême, aux termes d'une jurisprudence constante, décide que la reconnaissance d'utilité publique n'a pas d'effet rétroactif².

Elle fait prévaloir les principes du Droit civil qui fixent l'époque à laquelle doit s'apprécier la capacité de recevoir à titre gratuit. Si la fondation est réalisée par voie de donation, la reconnaissance d'utilité publique devra intervenir avant le décès du donateur, qui rend caduque l'offre de donner.

La fondation, réalisée par voie de legs direct, sera impossible, car par hypothèse au décès du testateur, la fondation n'a pu encore être reconnue d'utilité publique et dès lors se trouve frappée d'une incapacité absolue de recevoir, aux termes de l'article 906 du Code civil.

Mais la Cour suprême écarte heureusement l'application de l'article 906 du Code civil lorsque l'application de l'article à la fondation future entre dans le cadre des libéralités avec charge³.

Le Conseil d'Etat a une jurisprudence plus libérale et n'hésite pas à prendre deux décisions concomitantes, reconnaissant d'utilité publique la fondation et lui conférant en même temps l'autorisation d'accepter le legs⁴.

1. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 504, note 1 *in fine*.

2. V. Civ., 12 avril 1864, D. P. 64.1.218; Civ., 14 août 1866, D. P. 67.1.110; Civ., 7 février 1912, D. P. 1912.1.433.

3. Req., 8 avril 1874, D. P. 1876.1.225; Civ., 5 juillet 1886, D. P. 86.1.465 (*sol. impl.*); Amiens, 16 février 1893, D. P. 94.2.67; Trib. civ. de la Seine, 3 août 1897, et Paris, 1^{er} mars 1900, S. 1905.2.78; Montpellier, 23 avril 1900; Civ., 12 mai 1902, concl. de M. le proc. gén. Baudoin, D. P. 1902.1.425; Aix, 9 mars 1909, D. P. 1909.2.310; Trib. civ. Seine, 8 novembre 1923, *Gaz. Trib.* 1924.1.64; Paris, 1^{er} juillet 1926, D. P. 1928.2.121, et la note Savatier; Trib. civ. de la Seine, 1^{er} février 1927, *Gaz. Pal.* 1927.1.370.

4. Conseil d'Etat, 30 juillet 1884, *Revue gén. d'Admin.*, 1885, t. I, p. 75

Mais il n'entre dans cette voie qu'après entente avec les héritiers naturels du testateur et lorsqu'il est certain que ceux-ci n'invoqueront pas en justice l'incapacité légale de la fondation.

Le projet préparé en 1906-1909 par la Société d'Etudes Législatives¹ permet de fonder une œuvre *directement* soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire.

Mais ce projet qui, s'il était adopté, bouleverserait le droit actuel des fondations n'a pas été suivi d'innovations législatives.

La Société d'Etudes Législatives a préparé en 1929, sur le rapport de M. Demontès, un projet moins ambitieux², dont s'est inspiré M. Marcel Plaisant dans la proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau du Sénat³.

Le rapport de M. Boivin-Champaux⁴, au nom de la Commission de Législation civile et criminelle du Sénat, a apporté à cette proposition de loi des modifications intéressantes mais qui n'en changent pas l'économie.

Aux termes de ce texte nouveau, il peut être disposé *par testament* en faveur d'un établissement existant ou à créer sous la condition qu'il obtienne la reconnaissance d'utilité publique. La demande de reconnaissance doit être formée dans le délai d'un an à compter de la découverte du testament. La reconnaissance d'utilité publique prononcée sur la demande introduite dans les conditions ci-dessus rétroagit au jour du décès du testateur.

Il convient de souhaiter à ce texte un prompt succès devant le Parlement. Nous aurons d'ailleurs à le commenter plus en détail dans le titre troisième de cette partie de notre Essai consacré à la vie externe des personnes morales futures.

Quoiqu'il en soit, en l'état actuel de notre législation,

1. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*. Réforme de la législation sur les fondations. Rapport préliminaire de M. Saleilles, 1906, p. 467; 1908, p. 357. Rapport de M. Larnaude, 1909, p. 26 et p. 285. Discussion, année 1909, *passim*.

2. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1929, p. 147. Discussion, 1930, p. 29 et 154.

3. Sénat, *Documents parlementaires*, 1932, Annexe 8, p. 1.

4. Sénat, *Documents parlementaires*, 1937, Annexe 375, p. 244.

le décret portant reconnaissance marque le moment précis de la naissance de la fondation.

Mais avant que la fondation ait été reconnue d'utilité publique, elle a pu fonctionner en fait. Elle a dû même fonctionner en fait, la reconnaissance d'utilité publique devant récompenser les services rendus à la société par l'institution nouvelle. Pratiquement, le processus de la réalisation de la fondation sera le suivant : une personne fonde, par exemple, un institut de recherches scientifiques. Elle en assure personnellement ou par mandataire le fonctionnement, et, grâce à une dotation permanente, donne aux savants accueillis par l'Institut les moyens matériels de faire leurs expériences. Le fondateur demandera alors à l'autorité administrative la reconnaissance d'utilité publique pour l'œuvre réalisée que, seul, le décret portant reconnaissance fera propriétaire des biens qui lui ont été affectés par le fondateur.

Mais la pratique administrative a consacré, d'autre part, la validité des legs avec charge, au profit d'un établissement à fonder, et qui n'avait pu, par conséquent, fonctionner du vivant du testateur. Un laps de temps plus ou moins long s'écoulera d'ailleurs entre le moment du décès du fondateur et le décret portant reconnaissance.

Dans l'un ou l'autre cas, cependant, antérieurement au décret, nous serons en présence d'une personne morale future.

E. Remarque.

En ce qui concerne les différentes masses qui constituent, comme nous l'avons vu, une catégorie juridique autonome, la loi détermine le moment précis qui marque pour elles l'acquisition de la personnalité juridique. Pour ce qui est de la masse des créanciers d'un commerçant en état de faillite, elle n'acquiert la personnalité juridique qu'à l'instant où est prononcé le jugement déclaratif de faillite. Cependant, la théorie de la faillite virtuelle ne permet-elle pas de soutenir le caractère

rétroactif de la personnalité de la masse qui a droit à cette personnalité dès l'instant où le futur failli est en état de cessation de paiements ? Mais cette argumentation a un caractère spécieux. En tant qu'il crée la masse, le jugement de faillite est constitutif. C'est le jugement déclaratif de faillite qui constitue le patrimoine de la masse par suite de la suspension des poursuites individuelles et du dessaisissement. La personnalité de la masse ne rétroagit pas à une époque où elle n'a même pas de représentant légal. Cependant, la masse peut tirer profit d'actes juridiques accomplis antérieurement à sa naissance. Par exemple, en cas de liquidation amiable ou de tentative de liquidation amiable du commerce du futur failli, on peut se trouver en présence d'un groupement de fait et de droit de ses créanciers, au profit duquel des actes juridiques pourront être accomplis, et dont la masse profitera ultérieurement. D'autre part, en dehors de tout groupement de fait des créanciers, la masse peut retirer un enrichissement sans cause d'un acte d'appauvrissement antérieur à sa naissance. Or, c'est l'enrichissement qui crée la dette. Nous aurons l'occasion d'examiner ce point dans le dernier titre de cette partie de notre essai, consacré à la vie externe des personnes morales futures.

CHAPITRE III

LA « CONCEPTION » DES PERSONNES MORALES

§ 1. — LE DÉBUT DE LA « CONCEPTION » DES PERSONNES MORALES.

Nous avons précisé le moment exact où les personnes morales de droit privé prenaient naissance. Or, la naissance des personnes physiques est précédée d'une période au cours de laquelle la personne existe en germe : c'est la conception. Et nous avons déjà envisagé les conséquences juridiques de cet état physiologique. De la même façon, la personne morale ne naît pas de rien. Sa création est immédiatement précédée d'une phase qui, analogiquement, est comparable à la conception des personnes physiques. Cette phase est qualifiée de période constitutive.

Pour la clarté des développements qui vont suivre, et sans avoir, quant à présent, à rechercher la condition juridique de cette personne morale en voie de formation, il y a lieu de fixer le moment où cette personne entre dans la période constitutive. Mais il faut, à cet égard, faire remarquer que l'on peut donner aux mots « période constitutive » une extension plus ou moins large.

Cette notion peut être envisagée d'une façon stricte, et c'est ainsi, d'ailleurs, que l'a envisagée M. Pierre Lescot dans son livre consacré à la période constitutive des personnes morales de Droit privé¹. Dans cette opi-

1. Pierre Lescot, *De la période constitutive des personnes morales de Droit privé*, thèse Dijon, 1913.

nion, conforme au surplus à la doctrine classique, cette période est strictement celle au cours de laquelle sont accomplies les formalités nécessaires à la constitution de la personne morale. Mais la notion de période constitutive peut être envisagée d'une manière plus large et englober également les phénomènes juridiques qui précèdent l'accomplissement des formalités constitutives. Faisant application de la notion classique de période constitutive, nous préciserons d'abord la date d'ouverture de cette période pour les différentes catégories de personnes morales. Nous examinerons ensuite dans quelle mesure il convient d'élargir cette notion classique.

A. *Les associations.*

Nous avons vu que les formalités de constitution des associations étaient au nombre de trois : une convention d'abord, une déclaration à la Préfecture ensuite, enfin une publicité légale. La convention d'association peut être conclue d'une façon instantanée ou d'une façon successive. En effet, il se peut que les membres de l'association adhèrent *simultanément* aux statuts et, dans ce cas, le contrat d'association se trouvera immédiatement formé. Mais il adviendra aussi que les premiers fondateurs, après avoir convenu des statuts de l'association, proposent ensuite au public d'y adhérer.

Dans le premier cas, le début de la période constitutive de la personne morale est marqué par l'accord de l'ensemble des membres de l'association ; dans le second cas, par la convention initiale des fondateurs.

B. *Les sociétés par intérêt.*

En ce qui les concerne, la formalité de constitution unique est la conclusion du contrat de société. Dès que la convention de société est conclue, la société est régulièrement constituée, à la condition, toutefois, que les formalités de publicité soient accomplies. Dès lors, la période constitutive se trouve ici réduite à néant.

C. *Les sociétés par actions.*

Il est certain que la confection définitive des statuts est la première des formalités à remplir en vue de la formation de la société. Quand cette confection est-elle définitive ? Il n'y a pas de difficultés lorsque la société est réalisée par voie de constitution entre fondateurs. Dans ce cas, dès que les fondateurs se sont mis d'accord sur les statuts ceux-ci sont désormais la loi des parties. Mais quid lorsque la société est constituée par voie d'appel au public ? Antérieurement à la promulgation du décret du 31 août 1937, on admettait que ces statuts pouvaient être modifiés, tant que la mise en souscriptions n'avait pas été opérée, plus précisément tant que la première souscription n'avait pas été recueillie. C'était donc le moment où cette première souscription intervenait qui marquait le début de la période constitutive. Au cours de cette période, d'ailleurs, des modifications de détail pouvaient être apportées aux statuts, qui devaient rester inchangés cependant sur les points essentiels, ayant déterminé les souscripteurs à signer leur bulletin de souscription.

Le décret du 31 août 1937, nous l'avons vu, exige qu'avant toute souscription du capital un projet des statuts sur papier libre certifié par le fondateur soit déposé au greffe du Tribunal de commerce. Il semble bien qu'en l'état nouveau de la législation, ce dépôt marque, d'une façon précise, le début de la période constitutive de la société par actions et que les statuts ne puissent, à partir de ce moment, être modifiés que par les actionnaires réunis en assemblée générale.

D. *Les fondations.*

En ce qui concerne les fondations, le début de la période constitutive, est marqué par l'accomplissement de l'acte juridique révélant, de la part de son auteur, l'intention de créer une œuvre autonome. La formule est nécessairement très large, puisqu'en Droit français, la

fondation ne résulte pas d'un acte juridique spécial. Cet acte juridique pourra être un acte de donation accompagné d'une demande de reconnaissance d'utilité publique adressée à l'Administration. Mais, comme nous l'avons vu, le fondateur peut, personnellement, pendant un laps de temps plus ou moins long, assurer le fonctionnement de l'institution nouvelle, en lui affectant un patrimoine déterminé. Le début de la période constitutive coïncidera alors avec le moment de l'affectation de fait d'une partie du patrimoine du fondateur au service de l'œuvre pour laquelle il demandera ultérieurement la reconnaissance d'utilité publique. Dans la plupart des cas, la fondation sera réalisée par voie d'acte testamentaire, par un legs avec charge de fondation. La période constitutive commencera alors au moment du décès.

Nous avons examiné la notion classique de période constitutive. Cette notion exclut de son champ d'application certains phénomènes juridiques qui sont cependant en relation étroite avec la constitution de la personne morale, proprement dite. Il s'agit de toutes les tractations préalables à la constitution intervenue entre les fondateurs ou même entre les fondateurs et les tiers, et au cours desquelles la création de la personne morale a été expressément ou implicitement envisagée. Certes, ces tractations ont lieu à un moment où la constitution de la personne morale n'est même pas commencée, au cours de la période « pré-constitutive » de la personne morale. Nous ne laisserons pas, cependant, ces phénomènes juridiques en dehors de notre étude et nous examinerons la condition de la personne morale future au cours des périodes constitutives et pré-constitutive. Nous verrons, d'ailleurs, que la capacité juridique de la personne morale n'est pas soumise à des régimes différents, suivant la nature de la période envisagée.

§ 2. — LA DURÉE DE LA « CONCEPTION »
DES PERSONNES MORALES.

Il n'y a pas de période *légale* de la conception des personnes morales comparable à la période légale, fixée par la loi, calquant les règles de la nature, pour les personnes physiques. La durée de la conception des personnes morales est quelque chose d'infiniment variable.

A. Pour les associations, cette durée peut être très courte si les associés fondateurs font toutes diligences afin de procéder à la publicité légale. Une clause expresse des statuts imposera parfois l'accomplissement de cette formalité dans un délai déterminé. En fait, il n'y a pas de raisons pour que la période constitutive se prolonge à l'excès. Il suffira d'un minimum de deux associés pour que la convention d'association soit parfaite et pour que le gérant de l'association, avant même que le public y ait adhéré en nombre, puisse procéder d'ores et déjà à la publicité légale.

B. Nous avons vu que la période constitutive des sociétés par intérêt était réduite à néant. La question ne se pose dès lors que pour les sociétés par actions.

En ce qui les concerne, la souscription intégrale du capital social peut demander un certain temps, si la souscription est réalisée par voie d'appel au public. D'autre part, les fondateurs, s'ils ont besoin d'apports en nature, préféreront parfois attendre le moment favorable pour les obtenir aux meilleures conditions.

Antérieurement à la promulgation du décret du 31 août 1937, les statuts prévoyaient souvent le délai dans lequel le capital social devait être couvert. Passé ce délai, les souscripteurs devaient être considérés comme déliés de leur obligation de maintenir leur souscription. En l'absence d'une clause de cette nature, dans les statuts, les tribunaux avaient un souverain pouvoir d'appréciation¹ : ils devaient examiner si le retard

1. Trib. com. Seine, 4 février 1919, *Journal des Sociétés*, 1921, p. 180.

apporté dans la constitution de la société était dû à une négligence des fondateurs. Les projets destinés à la réforme de la loi de 1867 avaient essayé d'innover sur ce point. Ils prévoyaient que le bulletin de souscription devait indiquer « le délai à l'expiration duquel, en cas de non-constitution de la société, les fonds versés par le souscripteur pourraient être retirés de l'établissement où les fonds provenant des souscriptions avaient dû être déposés¹ ». Mais on faisait remarquer que l'utilité de cette innovation législative était contestable ; qu'il valait mieux laisser aux tribunaux le soin d'apprécier les circonstances du retard et maintenir l'engagement des souscripteurs au cas où le retard s'expliquerait par des raisons indépendantes de la volonté des fondateurs.

Cependant, le décret récent du 31 août 1937 a établi une véritable période légale de la constitution des sociétés par actions.

Il dispose d'abord que les fonds provenant des souscriptions en espèces doivent être déposés pour le compte de la société en formation à la Caisse des Dépôts et Consignations ou chez un notaire et que le retrait des fonds provenant des souscriptions en espèces s'opérera sur la signature du gérant de la société de son mandataire contre remise d'une copie certifiée par lui du procès-verbal de l'assemblée ou des assemblées constitutives.

Et la loi ajoute (art. 1^{er}, al. 8 nouveau) : « En cas de non-constitution de la société dans un délai de *six mois* du jour du dépôt du projet des statuts au greffe, tout souscripteur pourra demander en référé au président du Tribunal de commerce la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs sous déduction des frais de répartition. »

Cette disposition légale tout à fait intéressante appelle deux observations : on remarquera d'abord que le délai de six mois part du jour du dépôt du projet des statuts

1. V. Colin, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, 1911, p. 174.

au greffe, ce qui prouve bien que c'est ce dépôt qui marque le début de la période constitutive.

Et, d'autre part, l'institution d'une période légale de la « conception » des sociétés par actions est un facteur de sécurité juridique puisqu'elle limite dans le temps l'incertitude qui pèse sur l'existence éventuelle de cette catégorie de personnes futures.

C. En ce qui concerne les fondations, il semble également qu'une réglementation de la durée de la période constitutive soit fort souhaitable. Si l'on envisage, en effet, l'hypothèse la plus fréquente, la reconnaissance d'utilité publique peut intervenir bien longtemps après le décès du testateur auteur de la fondation.

Ce retard peut avoir deux causes :

D'une part, les légataires à qui incombe la charge de fonder peuvent tarder à demander au gouvernement la reconnaissance d'utilité publique. A cet égard, le projet préparé en 1929 par la Société d'Etudes législatives¹ et dont s'est inspiré M. Marcel Plaisant, dans la proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau du Sénat², permet la fondation directe par testament, à la condition que la demande de reconnaissance soit formée dans le délai d'un an à compter de la découverte du testament. Le rapport de M. Boivin-Champeaux, au nom de la Commission de Législation civile et criminelle du Sénat³, n'a apporté, sur ce point, aucune modification au texte de M. Plaisant.

Avec ce texte, s'il était adopté, s'ébaucherait l'institution d'une durée légale de la période constitutive des fondations.

Et, d'autre part, l'autorité administrative peut tarder à accorder la reconnaissance d'utilité publique.

Les droits des héritiers légitimes seront ainsi en suspens. En principe, l'héritier sera, pendant trente ans, sous le coup de l'action en délivrance, qui ne pourra

1. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1929, p. 147. Discussion, 1930, p. 29 et 154.

2. Sénat, *Documents parlementaires*, 1932, Annexe 8, p. 1.

3. Sénat, *Documents parlementaires*, 1937, Annexe 375, p. 244.

être intentée qu'après la promulgation du décret portant reconnaissance d'utilité publique. Admettre, comme l'a proposé M. Marguerie¹, une mise en demeure par laquelle les héritiers inviteraient le gouvernement à se prononcer dans le plus bref délai sur la reconnaissance de l'établissement, serait contraire aux principes de notre droit public. Le gouvernement a le droit de ne pas répondre et de réserver sa décision. Il conviendrait plutôt que par une disposition législative expresse, on déclarât la libéralité caduque si la reconnaissance n'est pas intervenue dans un délai à fixer, d'une année par exemple. On pourrait, à cet égard, s'inspirer du projet de loi déposé le 23 novembre 1897 à la Chambre des députés, et concernant la représentation des pauvres et l'administration des établissements d'assistance. L'article 18 du projet décidait que les institutions d'assistance qui n'ont pas d'existence légale pourraient recevoir des legs si elles étaient constituées comme établissements publics dans le délai d'une année à partir du décès du testateur.

§ 3. — CONCEPTION DES PERSONNES PHYSIQUES ET « CONCEPTION » DES PERSONNES MORALES.

Nous avons fait un rapprochement analogique entre la conception des personnes physiques et la « conception » des personnes morales. Ce rapprochement peut-il dépasser ce stade ? L'analogie correspond-elle à une similitude naturelle, qui nous autorisera à appliquer les règles concernant l'*infans conceptus*, à la matière de la période constitutive des personnes morales ? Certes, cette question recevra sa solution définitive à la fin de la présente partie de notre Essai. Mais il convient d'ores et déjà, dans cette introduction, d'aborder l'examen de ce point. MM. Jacquier² et Tissier³ ont prétendu assi-

1. Marguerie, in *Revue critique*, 1878, p. 527 et 528.

2. Jacquier, *Des congrégations religieuses*, p. 251.

3. Tissier, *Dons et legs aux établissements publics*, n° 121. — Cf. Marguerie, *op. cit.*, *Revue critique*, 1878, p. 525.

miler, en droit, la personne morale qui existe en fait à l'enfant conçu. Leur thèse a été vivement critiquée et a fait l'objet de reproches assez divers.

D'une part, certains auteurs, reprenant les antiques conceptions de Laurent¹, ont déclaré : Comment un jurisconsulte peut-il comparer un être qui vit à un être fictif, qui n'a qu'une existence fictive. Cette fiction ne peut produire d'effet que du moment où elle est consacrée par l'autorité compétente. Cette critique est évidemment inspirée par les vieilles théories sur la personnalité morale. Elle cesse d'être pertinente, si l'on admet la réalité juridique de la personne morale.

D'autre part, on a formulé à l'encontre de cette thèse une autre objection. La maxime *infans conceptus* est une fiction. Or, il est de règle que les fictions sont de droit étroit. Mais nous avons vu que, dans notre droit positif, la maxime *infans conceptus* ne présentait pas les caractères d'une fiction. Comme l'a dit M. Tissier², en termes excellents, « nous nions absolument que l'article 906 ait entendu, à l'exemple du droit romain, sanctionner une fiction, en attachant un effet rétroactif à la naissance. Rien, dans les termes de l'article, n'autorise à le penser, et cependant lorsque le Code civil établit une fiction, il n'hésite pas à le déclarer expressément. Il suffit pour s'en convaincre de relire l'article 883 qui pose la règle de l'effet déclaratif du partage : Chaque cohéritier, y est-il dit, est *censé* avoir succédé seul et immédiatement... Si nous ne trouvons pas dans l'article 906 une rédaction analogue, c'est qu'en faisant rétroagir au jour de la conception la capacité d'un individu né viable, le Code civil a voulu formuler un principe tiré de la nature même et non une fiction. Selon M. Tissier, par conséquent, l'article 906 consacre une règle générale qu'il convient d'étendre par voie d'analogie aux hypothèses que la loi a omis d'envisager. La réponse donnée par M. Tissier à l'objection qui lui avait été faite n'a pas

1. Laurent, t. XI, n° 192.

2. Tissier, *op. cit.*, p. 169 et 170.

satisfait M. Geouffre de La Pradelle¹. Cet auteur a fait remarquer que le Code n'entendait nullement se mettre en harmonie avec les lois de la nature quand il considérait l'enfant comme né seulement quand il s'agissait de son intérêt et non pour tous les rapports de droit possibles. Mais le caractère « limité » de la prétendue fiction est commandé par la nature des choses. En principe, seul celui qui a une volonté juridique peut rendre sa condition pire.

Les objections adressées à M. Tissier ne tiennent donc pas. L'article 906 a une valeur générale. Mais encore faut-il qu'il y ait une analogie véritable entre l'hypothèse qu'il envisage et l'hypothèse à laquelle on veut l'étendre. Voilà la question.

Or il est certain qu'il n'y a pas de similitude naturelle entre la conception des personnes physiques et la constitution des personnes morales. La conception de l'être vivant, en effet, est le développement nécessaire, naturel, d'un germe sur lequel la volonté humaine à moins de manœuvres criminelles, n'exerce aucune influence. L'anticipation qui permet d'accorder à l'enfant conçu la capacité de l'être vivant est donc un sens légitime. Elle l'est d'autant plus que le développement nécessaire du germe est limité naturellement dans le temps : il est certain.

Or aucun de ces caractères ne se retrouve pour les personnes morales. Leur constitution n'est pas un phénomène qui participe du caractère nécessaire des phénomènes naturels : c'est une création de la volonté humaine. Cette volonté des fondateurs s'exerce d'une façon continue sur le développement de la personne morale. Or, cette volonté est en principe libre, et par voie de conséquence variable. Certes, les fondateurs sont tenus de mener à bonne fin la constitution de la personne morale. Mais il s'agit là d'une simple obligation de faire, dont l'inexécution sera sanctionnée uniquement par l'allocation de dommages-intérêts. En réalité,

1. *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 106.

la création de la personne morale, association ou société dépend du bon vouloir des fondateurs. De même, l'administration est libre d'accorder ou de refuser la reconnaissance d'utilité publique. Ce faisant, elle agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Il semble, il est vrai, que la création d'une société anonyme soit soustraite aux caprices de la volonté humaine : comme on l'a exactement qualifiée, elle constitue une opération à procédure, qui, lorsqu'elle est déclenchée, entraîne l'accomplissement de formalités légales, à la suite desquelles un être de droit nouveau prendra naissance. Mais il est évident que cette procédure pourra, à tout moment, se trouver suspendue par la volonté contraire des fondateurs.

D'autre part, à défaut de durée naturelle de la constitution des personnes morales, on pourrait admettre l'institution d'une durée légale. Or, nous avons vu que, sauf en ce qui concerne les sociétés par actions lesquelles doivent, aux termes du décret du 31 août 1937, se constituer dans un délai maximum de six mois, la durée de la période constitutive des personnes morales n'était nullement déterminée par le législateur et qu'elle était fort variable. Réduite au minimum pour les associations, elle pouvait se prolonger pendant fort longtemps pour les fondations.

Sur les deux points, par conséquent, les différences sont considérables, et voilà pourquoi nous ne pensons pas que dans cette partie de notre Essai la maxime *infans conceptus* doive intervenir. Il ne s'agit pas d'ailleurs ici du point de savoir s'il y a lieu de reconnaître aux personnes morales futures une certaine capacité juridique. Nous examinerons ultérieurement cette question. Nous voulons simplement préciser que l'on ne peut pour leur accorder cette capacité se baser sur la maxime *infans conceptus*.

La Jurisprudence est au surplus fixée en ce sens. Un arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1909¹ est significatif à cet égard. Un legs avait été adressé à l'« International Peace Association » qui, au moment du décès

1. D. P. 1909.2.273, et sur pourvoi : Cass., 7 février 1912, S. 1914.1.305 et la note Louis Huguency.

du testateur, n'avait pas encore obtenu du Gouvernement les « lettres d'incorporation », qui, en conformité de la législation anglaise, confèrent la personnalité morale. La Cour de Paris, en un arrêt motivé, prononça la nullité du legs, motif pris de ce qu'au moment du décès du testateur, l'association à laquelle le legs avait été adressé n'avait pas encore la personnalité juridique. Et la Cour ajoute : « Considérant qu'on ne saurait sans forcer les analogies, et sans abus de langage, assimiler une association non encore autorisée à un enfant simplement conçu, puisqu'il est certain que celui-ci est destiné à naître par le développement forcé d'un fait naturel. »

Il faut donc écarter la maxime *infans conceptus* de notre étude, en raison des différences considérables existant entre la condition de la personne physique au cours de la conception et celle de la personne morale au cours de la période constitutive. S'il convient d'accorder une capacité quelconque aux personnes morales au cours de la période constitutive, il faut trouver à cette capacité un autre fondement juridique.

*
**

Nous examinerons successivement dans cette partie de notre Essai la *vie interne* des personnes morales futures et leur *vie externe*. Nous étudierons dans le titre consacré à la vie interne des personnes morales futures, les multiples rapports juridiques qui s'établissent entre les fondateurs, entre les fondateurs et les membres éventuels de la personne morale, et enfin entre les divers membres de la personne morale.

D'autre part, l'expression *vie externe* de la personne morale future englobera les rapports de droit qui mettent déjà en présence au cours de la période constitutive la personne morale future et les tiers, c'est-à-dire les personnes autres que les individus faisant partie intégrante de la personne morale.

Enfin, dans un dernier titre, nous donnerons quelques aperçus de *Droit comparé* concernant la matière. Nous nous bornerons d'ailleurs à l'examen des législations anglaise, allemande et suisse.

TITRE II

LA VIE INTERNE DES PERSONNES MORALES FUTURES

La création d'une personne morale exige la collaboration préalable de diverses personnes, entre lesquelles se nouent certains rapports de droit. L'analyse de ces rapports juridiques nous permettra de définir les caractères de la vie interne des personnes morales futures¹.

Quelles sont donc les personnes qui apparaissent au cours de la période constitutive. Théoriquement, il semble que seuls les futurs membres de la société ou de l'association aient à intervenir. Mais parmi ces membres, il s'en trouve qui jouent un rôle particulièrement actif dans la constitution de la personne morale : Ce sont les divers promoteurs de la création de cet être de droit nouveau ; ils ne se contentent pas d'apporter à la personne morale leurs biens ou leurs capitaux, ils se chargent en outre de faire les démarches nécessaires à sa constitution : c'est pour cette raison qu'on les appelle fondateurs.

En ce qui concerne les sociétés par actions, la qualité de fondateur n'est pas solidaire de la qualité d'associé. Les fondateurs peuvent, sans souscrire d'actions, mettre simplement leur activité au service de la société qui rémunérera leurs peines et soins, non par l'attribution d'actions, mais par la concession d'avantages particuliers.

1. V. Lescot, *op. cit.*, titre II, ch. I, II et III.

Ainsi s'établissent des rapports juridiques multiples, rapports des fondateurs entre eux, des fondateurs avec les futurs membres de la personne morale, rapports enfin de chaque membre avec ses associés ou ses co-souscripteurs.

Des rapports juridiques d'une nature légèrement différente se nouent pendant la période constitutive des fondations, entre le disposant et l'Etat, entre le disposant et les divers bénéficiaires de la fondation. N'avons-nous pas défini la fondation, en droit positif français, une convention de droit public ? Même pour ceux qui écartent toute notion contractuelle à la base des fondations, il est certain d'ailleurs que la période préparatoire donne lieu à l'établissement de liens juridiques multiples entre les divers intéressés.

Nous examinerons, dans ce titre, successivement, les rapports de droit existant pendant la période constitutive :

- 1° Entre les fondateurs ;
 - 2° Entre les fondateurs d'une part et les futurs membres de la personne morale d'autre part ;
 - 3° Entre les futurs membres de la personne morale.
-

CHAPITRE PREMIER

DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES FONDATEURS

La création d'une personne morale est une œuvre collective. Le seul établissement de la charte de l'institution nouvelle nécessite une collaboration de ses promoteurs. La discussion des statuts qui apparaît nettement dans la constitution des sociétés par actions et des associations existe également pour les fondations : la puissance publique, partie à la convention, intervient pour apporter toutes modifications utiles au projet de statuts proposé par le disposant. L'Etat peut donc être qualifié de fondateur au même titre que le disposant.

Mais il ne suffit pas de dresser un projet de statuts qui servira de base à la convention définitive. Il faut également procéder à l'accomplissement des formalités légales qui donneront naissance à la personne morale.

Ainsi s'établit entre les fondateurs, une collaboration dont il convient de préciser la nature juridique pour les différentes catégories de personnes morales.

Section I. — Les associations.

La qualité de fondateur d'une association est en fait solidaire de la qualité d'associé. Or, pour la validité de la convention d'association, deux associés suffisent qui pourront procéder aussitôt à la publicité légale. Les adhésions ultérieures pourront venir en nombre : le groupement des associés fondateurs « se sera alors fondu dans le groupement plus vaste qu'il avait pour mission de créer ».

Mais les associés fondateurs, au cours de la période constitutive, ont pu être amenés à contracter certaines obligations dans l'intérêt de l'association : prise à bail d'un local, achat de fournitures de bureau, impression de circulaires et de bulletin d'adhésion, par exemple.

Dans la majeure partie des cas, les fondateurs verront leur *gestion d'affaires*, ratifiée par l'Assemblée générale de l'association. Mais cette ratification peut ne pas se produire. Les fondateurs seront-ils alors tenus de contribuer au paiement de ces diverses obligations, et quel fondement juridique donnera-t-on à cette contribution ?

La question se posera dans les mêmes termes, si les fondateurs échouent dans leur projet d'association et n'obtiennent pas le nombre d'adhésions qu'ils escomptaient.

Dans ces deux séries d'hypothèses, la qualité de fondateur se trouve juridiquement « isolée » de la qualité d'associé. Quelle est la nature juridique de ce groupement des fondateurs ? Nous pensons, avec M. Lescot, que cette union passagère des fondateurs en vue de la création d'une association nouvelle, constitue une association de fait. Car il est certain d'une part que les fondateurs n'ont rien mis en commun dans le but de partager des bénéfices, et que, d'autre part, ils ne procéderont en aucun cas à la publicité légale prescrite par la loi du 1^{er} juillet 1901, et qui est nécessaire pour conférer à ce groupement des promoteurs, la personnalité juridique. A cette association non déclarée s'appliqueront les règles de la loi de 1901. S'agissant notamment d'une association formée pour un temps déterminé, le départ de l'un des fondateurs ne sera valable que s'il a été accepté par tous les autres. Tous, en effet, se sont implicitement engagés à mener à bonne fin la création de la personne morale nouvelle. De plus, les fondateurs devront en principe contribuer par parts égales dans l'extinction du passif de leur association de fait.

Section II. — Les sociétés par intérêt.

Pour les sociétés civiles et commerciales de personnes, la qualité de fondateur ne peut être isolée juridiquement de la qualité d'associé. Nous envisagerons donc l'ensemble de la question dans la troisième partie du présent titre lorsque nous étudierons les rapports existant entre les associés, avant la conclusion de la convention définitive.

Section III. — Les sociétés par actions.

La loi de 1867 fait peser sur les fondateurs des sociétés par actions de lourdes responsabilités. La chose doit d'autant plus être signalée que la jurisprudence a adopté une conception fort large de la notion de fondateur, en vue d'assurer une protection efficace des intérêts des actionnaires.

Un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1930¹ considère comme fondateurs tous ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, à la condition toutefois que la nature de ce concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise sous sa forme sociale ou qu'ils aient prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société une coopération assez directe, assez étroite et assez constante qu'elle implique d'elle-même une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social.

Ainsi qu'on peut le constater, la formule employée par la Cour de cassation est intentionnellement vague. Le cercle des fondateurs sera donc assez vaste, alors surtout que la jurisprudence a admis sans difficulté que la qualité de fondateur était indépendante de celle d'actionnaire.

1. D. P. 1931.1.97 note Hamel.

Il convient de préciser tout d'abord le rôle que jouent les syndicats d'émission dans la constitution des sociétés, et dans quelle mesure les membres de ces syndicats d'émission peuvent être considérés comme des fondateurs. Le syndicat d'émission est une association formée entre divers banquiers pour prendre en bloc et pour introduire ensuite en détail dans le public, suivant les proportions arrêtées entre eux, la totalité ou une partie des actions émises par une société en voie de formation. Ce syndicat est en principe occulte ; il est représenté vis-à-vis des tiers par une ou plusieurs personnes contractant en leur nom personnel. Il constitue une véritable association en participation ayant pour objet des opérations de banque, et faisant dès lors acte de commerce.

Dans la plupart des cas, les membres du syndicat soit qu'ils se soient bornés à jouer le rôle d'intermédiaire d'émission ne pourront être considérés comme des fondateurs, soit qu'ils aient acheté ferme les actions émises, auprès du public. Il en serait autrement, en cas de constitution de la société entre fondateurs, sans appel au public, si ce groupement des fondateurs jouait en même temps le rôle de syndicat d'émission.

Le mode de collaboration des fondateurs peut prendre des formes diverses. Il peut s'agir simplement d'une collaboration de fait et il en sera ainsi lorsque les fondateurs seront en même temps actionnaires. Mais les fondateurs peuvent également conclure une convention expresse en vue de définir le mode et les conditions de leur collaboration dans la formation de la société, les règles suivant lesquelles se fera la contribution aux frais d'études et autres et la répartition des avantages particuliers que la société leur accordera. Cette convention donnera naissance à un groupement dont la mission sera de faciliter la création ultérieure de la société par actions. Quelle est la nature juridique de ce groupement ? Ce groupement se rapproche bien plus, selon nous, de la société que de l'association, puisqu'il vise sans conteste un but lucratif et l'obtention d'avantages

particuliers. Ces sociétés « d'études » pourront même présenter les caractères de sociétés commerciales, si elles transmettent à la société en formation, à titre onéreux, les droits qu'elles ont acquis, l'achat pour revendre constituant par définition un acte de commerce. Mais à défaut de publicité légale, ces sociétés resteront des sociétés de fait, dont l'existence ne pourra pas d'ailleurs être opposée aux tiers.

On se trouvera également en présence d'une société de fait, si les fondateurs ne concluent pas de convention expresse. L'activité de ces groupements sera fort diverse. Ils étudieront par exemple les modalités d'exploitation d'un brevet, se livreront à des travaux de prospection en vue de l'obtention d'une concession de l'administration, s'assureront d'ores et déjà des concours financiers dont la société à fonder pourra avoir besoin.

Toutes ces qualifications juridiques auront leur importance, au cas notamment où la société doit ultérieurement prendre à sa charge les obligations contractées par les fondateurs, ou encore au cas où la société ne dépasse pas le stade des formalités constitutives.

Les obligations respectives des fondateurs, les modalités du recours des tiers, les règles suivant lesquelles se fera la contribution au passif de la société des fondateurs se trouveront définies par la même occasion.

L'affectus societatis obligera chacun des fondateurs à faire de son mieux pour mener à bien la création de la société nouvelle, à contribuer par parts égales en principe aux frais d'études. A défaut de convention expresse, la volonté de la société d'études s'exprimera par les décisions concordantes de l'unanimité des associés. En pratique, les fondateurs donneront mandat à l'un d'entre eux pour procéder à l'accomplissement des formalités préalables à la constitution définitive. Les fondateurs fixeront d'ores et déjà la quote-part revenant à chacun d'eux des avantages particuliers que leur accordera l'assemblée générale de la société par actions future, sous la forme de titres représentant des parts de fondateur.

Il arrivera même que les fondateurs répartissent entre eux des certificats provisoires de parts de fondateurs. La négociation de ces certificats provisoires avant la constitution définitive de la société a donné lieu à des difficultés en cas d'échec du projet de constitution de la société. Il faudra sans doute analyser l'intention commune des parties pour décider s'il y a eu vente ferme de droits aléatoires ou simplement vente conditionnelle subordonnée à la création ultérieure de la société.

L'intuitus personae joue dans la vie de ces sociétés d'études un rôle considérable. Dès lors, la convention entre les fondateurs prendra fin en cas de décès de l'un d'entre eux. Auront le même effet, tous les autres événements entraînant un changement important dans la capacité juridique, tels que l'interdiction, la faillite ou la déconfiture. Toutes ces règles sont d'ailleurs l'application pure et simple du droit commun en matière de sociétés de personnes. Enfin, la dissolution du groupement ou le départ d'un des associés exigera le consentement unanime de ses co-associés. Il s'agit en effet d'une société à durée limitée, régie dès lors par l'article 1869 du Code civil, qui refuse à l'associé le droit de se retirer de la société par décision unilatérale.

Normalement, la société des fondateurs prendra fin par l'expiration du temps pour lequel elle aura été contractée (art. 1865 Code civil), c'est-à-dire lorsque la société sera définitivement constituée, mais également lorsque sa constitution se sera avérée impossible. Dans les deux cas, un règlement de comptes s'établira entre les divers promoteurs de la création de la personne morale.

Il semble cependant que ce groupement des fondateurs survive à la naissance de la société, en raison de l'organisation légale établie par la loi du 23 janvier 1929, du groupement des porteurs de parts de fondateurs. Mais il convient de faire remarquer que ces titres de créance malgré leur nom sont loin d'appartenir exclusivement aux fondateurs. Etant négociables, ils ont circulé. La société a pu également en émettre également au cours

de son existence pour rémunérer certains concours. La nature juridique de ces titres est devenue dès lors indépendante de leur origine et leur appellation a cessé d'être exacte.

Section IV. — Les fondations.

Dans la thèse que nous avons exposée plus haut, nous avons considéré comme les promoteurs de la fondation, non seulement le disposant, mais également l'Etat, qui donne son approbation à la constitution de la personne juridique nouvelle. La fondation naît du concours des volontés du disposant et de l'Etat.

On peut, il est vrai, objecter à cette théorie le fait que le décret par lequel s'exprime la volonté de la puissance publique intervient très souvent après le décès du disposant. Comment parler dès lors de concours des volontés ? L'offre tombe, en effet, en principe, par le décès de son auteur.

L'objection est cependant réfutable. Lorsque la libéralité du disposant est contenue dans un acte testamentaire, le concours des volontés interviendra entre les héritiers du défunt tenus d'acquitter les charges des legs qui leur sont adressés et la puissance publique.

Lorsque la libéralité du défunt est contenue dans un acte entre vifs, il semble que cette donation soit caduque : aux termes de l'article 932 du Code civil, l'acceptation doit intervenir du vivant du donateur. Mais cette façon de voir procède d'une analyse incomplète et inexacte des faits. L'Etat n'est pas donataire : il stipule dans l'intérêt de la collectivité. D'autre part, l'offre du fondateur n'est pas une offre pure et simple. Dès qu'elle est parvenue à la connaissance de la puissance publique, un avant-contrat s'est formé, en vertu duquel le sollicitant s'est engagé à ne pas rétracter son offre, avant l'expiration du délai d'option. Quelle est la durée de ce délai d'option ? C'est ici qu'intervient l'article 1135 du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que

l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Or, la nature de cet avant-contrat de Droit public impose au disposant l'obligation d'accorder à la puissance publique toute latitude pour accorder ou refuser son assentiment à la création d'un être de Droit nouveau, titulaire d'un patrimoine de main-morte.

Dans ce système, le décès du pollicitant, après que l'offre est parvenue au destinataire n'entraîne pas la caducité de l'offre. Elle continue à lier les héritiers, en vertu du principe inscrit à l'article 1122 du Code civil que l'on est censé avoir stipulé et promis pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause. La Jurisprudence du Conseil d'Etat fait une application intéressante de ces principes, en matière d'offres de concours. Elle admet que les offres de concours volontaires faites à l'Administration par des particuliers pour obtenir l'exécution d'un travail public, subsiste même après le décès de l'offrant¹. On se trouve ainsi en présence d'une survivance de la volonté du défunt.

Le rôle de chacun des fondateurs peut être exactement défini. Le disposant devra s'engager à affecter à la fondation un patrimoine d'une consistance déterminée ; il devra rapporter la preuve de l'utilité sociale de l'être moral à créer, en indiquant les services rendus par la fondation déjà douée d'une existence de fait. La puissance publique appréciera souverainement l'utilité réelle de l'institution nouvelle, imposera comme statuts de la fondation l'un des statuts-types qu'elle a élaborés pour les établissements qui sollicitent la reconnaissance d'utilité publique.

Au cours de la période constitutive, il ne saurait y avoir qu'un avant-contrat entre le disposant et l'Etat. C'est seulement au moment précis où l'Etat conclut la convention définitive que la personnalité juridique de la fondation apparaît. C'est à ce moment seulement que l'être juridique nouveau devient propriétaire des biens affectés par le disposant au service de la fondation. Ce

1. Conseil d'Etat, 3 août 1900, D. P. 1901.3.643, S. 1903.3.13.

ne peut être avant l'accord de la puissance publique. En attendant, le disposant ou ses héritiers demeurent seuls propriétaires de ces biens. L'acte de fondation ne saurait, en aucune façon, être assimilé à un acte d'aliénation au profit de la fondation future actuellement inexistante.

Et voilà pourquoi la Jurisprudence civile s'est longtemps refusée à valider la libéralité adressée directement à l'œuvre dont la création a été prescrite par le disposant dans un acte testamentaire ou entre vifs. A l'heure actuelle, il est vrai, une évolution libérale se dessine dans la Jurisprudence civile qui tend ainsi à rejoindre les solutions très larges données depuis bien longtemps par le Conseil d'Etat.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de traiter à fond cette question dans le dernier titre de cette partie de notre Essai, consacré à la vie externe des personnes morales futures. Il s'agit ici, en effet, d'un point concernant moins le fonctionnement interne de la personne morale en voie de formation, que sa capacité juridique proprement dite.

Avant que l'Etat n'accepte l'offre du paiement, il pourra y avoir une organisation interne de la fondation future. Cette organisation aura pu être réalisée par le fondateur de son vivant. Tout en affectant aux besoins de l'être juridique en voie de formation des biens déterminés, il organisera l'administration de la fondation en s'assurant du concours permanent de personnes qualifiées qui seront chargées de surveiller l'affectation correcte de ces revenus, en s'assurant également les services d'un personnel correspondant au but de la fondation, et il déterminera de façon précise le cercle des bénéficiaires.

Si la fondation est réalisée par acte testamentaire, toutes ces mesures seront prévues par lui dans le testament, et il chargera ses héritiers de suivre ses directives. En agissant de la sorte, le disposant ou ses héritiers se comporteront en gérants d'affaires de la future fondation.

Il est certain que les choses changeront lorsque la législation française reconnaîtra à la volonté du disposant une valeur créatrice nécessaire et suffisante. L'Etat aura cependant pour rôle de déterminer les formes extérieures que devra revêtir cette manifestation de volonté du disposant pour devenir obligatoire. Quant à l'intervention de la puissance publique, elle présentera seulement les caractères d'une formalité de fonctionnement, comparable à l'enregistrement exigé par le ministère du Travail pour les Compagnies d'assurances sur la vie.

Le rôle créateur attribué à la manifestation de volonté du fondateur aura pour corollaire nécessaire l'obligation pour ce dernier d'organiser le fonctionnement interne de la fondation. Le projet préparé par la Société d'Etudes législatives prévoit, à cet égard, la constitution d'un Conseil de Direction et d'une Commission de Surveillance siégeant au chef-lieu du département, qui aura pour mission de veiller à l'exécution des volontés du fondateur.

Mais la législation française n'est pas encore arrivée à ce stade. A l'heure actuelle, le disposant et l'Etat agissent à la fois en qualité de fondateurs, et, dans une certaine mesure, en qualité d'« associés ». Il semble, cependant, que la mission du disposant et même celle de l'Etat prennent fin aussitôt que le décret portant reconnaissance d'utilité publique a été promulgué. Mais ce serait avoir là une vue superficielle des choses. En effet, la personnalité des fondateurs survit à la naissance de l'être de Droit nouveau. Cette personnalité pourra réapparaître au moment de la dissolution de la fondation, si la continuation de l'affectation collective du patrimoine devient impossible. Il en sera ainsi, par exemple, en cas de disparition de la catégorie particulière de malades ou d'indigents que le disposant voulait secourir (léproseries dans les pays où la lèpre devient inconnue). En l'absence d'œuvres similaires, nous allons voir réapparaître la personnalité juridique des fondateurs. Les héritiers du disposant pourront invoquer le

droit de retour s'il a été établi par le législateur ou encore s'il a été stipulé en termes exprès par leur auteur. Au cas où le droit de retour ne s'exercerait pas, l'Etat recueillera les biens de la fondation dissoute, comme biens sans maître. Le fait de voir réapparaître les personnes qui étaient parties à l'acte juridique originaire constitue un argument de plus à l'appui de la théorie de la fondation-convention.

CHAPITRE II

LES RAPPORTS DES FONDATEURS AVEC LES MEMBRES DE LA PERSONNE MORALE FUTURE

Les fondateurs ont dressé les statuts de la personne morale en voie de formation. Ils vont maintenant faire appel au public pour solliciter son concours moral et financier. Cet appel au public va nécessiter certaines mesures de publicité.

Pour les associations, l'appel au public prend la forme d'envois de circulaires et de bulletins d'adhésion. Ces « imprimés » reproduiront les dispositions essentielles des statuts, indiqueront notamment le montant des cotisations annuelles que les adhérents à l'association auront à verser.

En ce qui concerne les sociétés par actions, la loi de finances du 30 janvier 1907 a prévu préalablement à l'ouverture des souscriptions l'insertion dans le Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières, d'une notice reproduisant les dispositions essentielles des statuts. Le décret-loi du 8 août 1935¹ a institué un mode de publicité nouveau, de caractère facultatif d'ailleurs, par la voie du prospectus de placement². Cette double publicité entraînera l'afflux de souscriptions, grâce auxquelles le capital social sera couvert.

Pour les fondations, la question se présente dans des

1. D. P. 1935.4.224.

2. Tchernoff, « Le prospectus de placement », chronique au *Dalloz Hebdomadaire*, 1936, p. 9.

conditions un peu spéciales que nous examinerons à la fin de ce chapitre.

Nous ne parlerons pas ici des sociétés de personnes puisqu'en la matière la qualité de fondateur se confond avec celle de l'associé. Le problème sera envisagé dans son ensemble dans le troisième chapitre du présent titre.

A) Nature de la Convention passée avec les fondateurs.

§ 1. — LES ASSOCIATIONS.

Nous serons très brefs sur ce point. Les rapports juridiques entre les fondateurs d'une association et les membres éventuels de cette association s'analysent en une convention synnallagmatique par laquelle les adhérents s'engagent à payer leur cotisation dès qu'ils en seront requis les fondateurs, à comprendre ces adhérents parmi les membres de l'association. Cette convention synallagmatique est de nature innommée : on ne saurait la rapprocher d'une convention connue quelle qu'elle soit.

§ 2. — LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

Le public a répondu à l'appel des fondateurs. Il convient d'analyser les rapports juridiques ayant pris naissance entre les promoteurs de la création de la personne morale nouvelle, d'une part, et les futurs actionnaires.

Quel est le contenu de l'obligation des parties ?

En ce qui concerne les souscripteurs, ils doivent, avant toute chose, effectuer le versement du quart prévu par la loi de 1867. Cette obligation est transmissible aux héritiers, en conformité de l'article 1122 du Code civil. Il sera prudent d'exiger ce versement au moment où la souscription est recueillie, ou encore de stipuler, dans les statuts, que le contrat de souscription sera résolu de plein droit, au cas où le souscripteur ne satisferait pas à ses obligations.

Si le projet de constitution de la société échoue, la question se pose de savoir si les souscripteurs devront indemniser les fondateurs pour les frais qu'ils ont pu

exposer. En l'absence d'une convention expresse, ces dépenses devront rester à la charge des fondateurs¹. Il est certain, en effet, que le souscripteur, en tant que souscripteur, n'a pas entendu supporter les risques d'échec. Son but est de devenir propriétaire d'actions d'une société régulièrement constituée. Toute idée de participation aux risques d'insuccès, dans quelque mesure que ce soit, est absolument étrangère à son esprit.

Certaines dispositions du décret du 31 août 1937 qui a modifié complètement l'article premier de la loi de 1867 fournissent au surplus un excellent argument à l'appui de cette façon de voir.

L'article 1^{er}, alinéa 6 nouveau, de la loi, prévoit que les fonds provenant des souscriptions en espèces seront déposés pour le compte de la société en formation à la Caisse des Dépôts et Consignations ou chez un notaire. Et l'alinéa 8 ajoute qu'au cas de non-constitution de la société dans un délai de six mois du jour du dépôt du projet des statuts au Greffe du Tribunal de commerce, tout souscripteur pourra demander en référé la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs sous déduction de ses *frais de répartition*. *A contrario*, il semble bien qu'en principe tous les autres frais exposés par les fondateurs ne doivent, en aucun cas, être supportés par les souscripteurs.

Quant aux fondateurs, ils se sont obligés à attribuer à chaque souscripteur un nombre d'actions proportionnel au montant de sa souscription. Il se peut, en effet, que le total des souscriptions reçues dépasse le montant du capital social fixé par les statuts. On respectera, en règle générale, le mode de réduction prévu. En fait, l'usage veut que l'on procède à une réduction proportionnelle du montant des souscriptions jusqu'à concurrence du capital social. Les fondateurs sont également

1. Trib. com. Lyon, 5 décembre 1921, *Revue des Sociétés*, 1923.25; Pic, t. I, n° 845.

tenus de conserver par devers eux l'intégralité du montant des souscriptions jusqu'à la constitution définitive de la société.

Un arrêt récent du Tribunal correctionnel de la Seine, en date du 7 mai 1937, a eu l'occasion de rappeler ces principes. Il a été décidé : « Qu'une société en constitution ne peut utiliser à des fins sociales le versement du premier quart des actions, fait par les souscripteurs : en effet, le montant intégral des souscriptions est indisponible jusqu'à la constitution définitive de la société pour permettre, en cas d'échec des formalités de la constitution, de rembourser immédiatement les souscripteurs, ou, en cas de succès, de mettre la société en possession du quart de son capital ¹.

Avant la promulgation du décret du 31 août 1937, on s'accordait à trouver souhaitable que, par une disposition expresse, la loi obligeât les fondateurs à déposer les fonds provenant des souscriptions dans un établissement de crédit, au compte de la société future ².

Le décret du 31 août 1937, modifiant complètement l'article 1^{er} de la loi de 1867, est venu, comme nous l'avons vu plus haut, combler cette lacune. Aux termes de l'article 1^{er}, alinéas 6 et 7 nouveaux de la loi, les fonds provenant des souscriptions en espèces doivent être déposés pour le compte de la société en formation à la Caisse des Dépôts et Consignations ou chez un notaire avec la liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux. Le retrait des fonds provenant des souscriptions en espèces s'opérera sur la signature du gérant de la société ou de son mandataire, contre remise d'une copie certifiée par lui du procès-verbal de l'assemblée ou des assemblées constitutives.

Il arrive fort souvent que les fondateurs, dans le but de déterminer telle ou telle personne à souscrire un nombre important d'actions lui promettent certains

1. Trib. corr. de la Seine, 7 mai 1937, *Gaz. Pal.* 1937.2.420.

2. V. Rapport de M. Lesaché, *Doc. parl.*, Sénat, 1932. Annexe n° 864, p. 1177.

avantages, par exemple, un emploi dans la société nouvelle. Cette promesse des fondateurs sera parfaitement valable entre les parties, mais elle ne sera pas opposable à la société ¹.

D'après M. Pierre Lescot ², ce sont là les seules obligations que contractent les fondateurs. Ainsi, ils sont seuls juges de l'opportunité de poursuivre la constitution de la société et, si le projet de création de la personne morale échoue, ils ne sauraient en être tenus pour responsables : comment pourraient-ils garantir que le capital social sera intégralement couvert et le minimum légal versé sur chaque action ?

Certes, l'objection est exacte, mais il ne faut pas en exagérer la portée. L'obligation contractée par les fondateurs à cet égard n'est pas une obligation de résultat ; c'est plutôt une obligation de moyens. Il ne faudra pas que l'on puisse leur reprocher une faute ou simplement une négligence. L'insuccès, si insuccès il y a, doit provenir de causes indépendantes de leur volonté.

*
**

Les effets du contrat de souscription entre fondateurs et souscripteurs étant ainsi précisés, il convient d'en définir la nature juridique. Sur ce point, les théories les plus diverses ont été soutenues.

Dernburg ³, en Allemagne, a développé l'idée qu'il se formait entre fondateurs et souscripteurs une société civile préalable ayant pour objet la constitution de la société par actions, et dans laquelle les fondateurs s'engagent à mener à bien la création de la personne morale, les souscripteurs à verser le montant de leur participation. Cette société provisoire cédera ses droits et actions à la société par actions ultérieurement constituée.

Cette théorie a le grave inconvénient de nécessiter une

1. Trib. com. du Havre, 27 novembre 1934, *Recueil du Havre*, 1935.1.49.

2. Pierre Lescot, *op. cit.*, p. 158, 159.

3. Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, Bd. 2, p. 604-607.

double transmission de la propriété des apports en nature et en numéraire, et, au point de vue fiscal, d'entraîner la double perception du droit proportionnel d'apport.

Les théories de Laband¹ et de Hahn² sont sujettes à la même critique.

M. Zeraffa³ a soutenu que les fondateurs se comportaient en gérants d'affaires des souscripteurs, lesquels ratifieraient cette gestion en signant le bulletin de souscription. Mais comment cette théorie serait-elle admissible : la ratification transforme la gestion en mandat et le mandat est révocable *ad nutum*. Oserait-on soutenir que les souscripteurs ont le droit de révoquer ce prétendu mandat donné aux fondateurs.

M. Lescot⁴ a voulu voir, dans les rapports juridiques liant fondateurs et souscripteurs, un contrat innommé synallagmatique, par lequel les souscripteurs s'engageaient à effectuer leur versement légal et les fondateurs à leur attribuer le nombre d'actions correspondant à leur souscription. Cette convention est définitivement conclue avant que la société ne soit constituée : aussitôt que les fondateurs ont accepté les souscriptions qui leur ont été transmises.

Nous ne pensons pas que la convention entre fondateurs et souscripteurs demeure un contrat innommé. On peut parfaitement en définir la nature ; pour cela, il suffit de se reporter à l'article 1130 du Code civil aux termes duquel les choses futures « peuvent être l'objet d'une obligation ».

En effet, l'objet de la convention synallagmatique intervenue entre fondateur et souscripteur est l'action d'une société à créer, c'est-à-dire une chose future. La nature de la convention par laquelle une personne s'engage à prêter un nombre déterminé d'actions moyen-

1. Labaud, dans la *Z. f. d. g. H. R.*, t. VII (1864, p. 620 et suiv.).

2. Hahn, *Ueber die aus Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältniss*, 1874.

3. Zeraffa, *Des souscripteurs d'actions de sociétés anonymes*, thèse Paris, 1901, p. 29.

4. Lescot, *op. cit.*, p. 144.

nant un prix, correspondant au cours d'émission, ne change pas suivant qu'il s'agit d'actions d'une société existante ou d'actions d'une société à créer. Dans les deux cas, on se trouve en présence d'une promesse de vente, les fondateurs jouant le rôle de promettants, les souscripteurs de stipulants.

Un auteur allemand, Auerbach ¹, a soutenu une théorie voisine, mais excessive : il a prétendu qu'en l'espèce il y avait une vente, dans laquelle les certificats provisoires d'actions devaient être assimilés à la marchandise, et le cours de l'émission aux prix d'achat.

Mais on remarque aisément qu'en réalité les certificats provisoires d'actions ne constituent nullement l'objet de l'obligation. Dans la commune intention des parties, cet objet ne peut être que le titre nominatif régulier qui sera ultérieurement délivré par la société. Au surplus, la meilleure preuve que l'on ne se trouve pas en présence d'une vente, c'est que la convention passée entre fondateurs et souscripteurs ne donne pas naissance à une action réelle mobilière, ce qui serait le cas si vraiment il y avait vente. Elle ne fait naître que des obligations personnelles, et ce fait cadre parfaitement avec la théorie de la promesse de vente ².

§ 3. — LES FONDATIONS.

Nous ne dirons que quelques mots des rapports juridiques pouvant exister au cours de la période constitutive entre fondateur et bénéficiaires de la fondation. Nous avons vu, en effet, qu'avant que l'Etat donne son approbation à la création de la fondation, celle-ci a pu fonctionner en fait. (Elle a dû même fonctionner en fait.) Or, cette existence de fait a pu amener le fondateur à nouer des rapports juridiques fermes soit avec les bénéficiaires présents de la fondation, soit avec le

1. *Das Gesellschaftswesen*, 1861.

2. Quant à la convention passée, avec les fondateurs par les apporteurs en nature, elle s'analyse en une promesse d'échange des biens dont l'apport a été promis contre les futures actions de la société. (art. 1130 et 1702 C. c.)

personnel destiné à assurer le fonctionnement de la personne morale. Ces rapports juridiques sont aisés à définir : avec le personnel de la fondation il s'agira d'un contrat de louage de services. Avec les bénéficiaires actuels de l'institution, il s'agira généralement de promesses de récompense, de prix, etc.

La validité de ces actes juridiques, il convient de le signaler, ne sera nullement subordonnée à la création définitive de la personne morale.

B) *La qualité prise par les fondateurs.*

Mais il ne suffit pas de définir la nature des rapports juridiques prenant naissance entre les fondateurs et les membres de la personne morale. Il faut encore et surtout expliquer comment le bénéfice de ces conventions se trouve transmis de plein droit à la personne morale, dès sa constitution définitive. Comment expliquer notamment le fait que les cotisations et le montant des souscriptions se trouve acquis à la société ou à l'association dès sa création.

Il y a lieu, par conséquent, d'analyser en quelle qualité les fondateurs ont agi. Or, pour que les effets d'un contrat passé par une personne se trouvent reportés sur la tête d'une autre personne, on ne peut faire appel qu'à deux instruments juridiques : le mandat ou la gestion d'affaires.

La théorie du mandat n'est pas admissible. Le mandat est, en effet, un contrat qui exige le concours des volontés des parties. Or, ici, l'une des parties est une personne future incapable de figurer à une convention. Reste la théorie de la gestion d'affaires. *Gestion d'affaires, non pas au profit des souscripteurs, mais au profit de la personne morale future*¹. Nous avons vu que l'on pouvait gérer l'affaire d'une personne future parce que les obligations respectives du gérant et du géré prennent naissance, sans qu'il intervienne une convention : telle

1. Trib. com. Seine, 2 mars 1935, D. H. 1936, Som. 7, *Gaz. Pal.* 1935.1.613; *Revue trim. du Droit des sociétés*, 1935, p. 276.

est la règle inscrite à l'article 1372 du Code civil. Il est bien certain, d'ailleurs, que le géré ne sera obligé que s'il parvient à l'existence. C'est la condition *sine qua non* de l'utilité de la gestion.

Nous avons soutenu, il est vrai, que la personne morale n'apparaissait que dans ses rapports avec les tiers. Mais, à cet égard, les fondateurs sont, dans une certaine mesure, des tiers, pour l'être de droit en voie de formation, en ce sens qu'il n'en font pas partie intégrante, comme actionnaires ou comme associés. Il n'y a donc pas de difficultés sur ce point.

Il reste à examiner comment la théorie de la gestion d'affaires explique la transmission de plein droit à la personne morale des droits et actions acquis par les fondateurs.

Le maître n'est obligé, soit envers les tiers, soit envers son gérant, qu'autant que l'affaire a été bien administrée. Voilà pourquoi les souscriptions ou les adhésions conditionnelles ne seront pas opposables à la société ou à l'association. Leur utilité est discutable, car elles pourront ultérieurement entraver la liberté d'action de la personne morale. Mais, lorsque le gérant a traité avec les tiers au nom du maître de l'affaire et que les opérations par lui réalisées présentent une utilité certaine pour ce dernier, les effets de ces opérations se produisent directement sur la tête du maître comme en matière de mandat. C'est donc lui qui devient créancier ou débiteur. S'il est établi ou s'il est reconnu que la gestion a été utile, le maître, en l'espèce la société ou l'association sera tenu de rembourser au gérant ses dépenses nécessaires et utiles.

Les fondateurs d'une société par actions seront, dès lors, parfaitement fondés, nonobstant un refus de l'assemblée générale, à demander à être indemnisés pour les avances et les frais qu'ils ont pu exposer en vue de la constitution de la société. Il appartiendra alors aux tribunaux d'apprécier le degré d'utilité de la gestion ainsi entreprise.

Reste un dernier point. En cas de refus de ratification

par la personne morale d'une gestion qui ne s'est pas avérée utile, quels seront les effets des conventions passées entre fondateurs et membres de la personne morale ? L'on doit admettre que les fondateurs resteront tenus envers ces derniers. La convention synallagmatique intervenue a fait naître avant tout des obligations personnelles à la charge des fondateurs. La théorie de la gestion d'affaires ne joue qu'un rôle accessoire.

Dans la matière des fondations, on fera application des mêmes principes. Le Conseil d'administration de la fondation reconnue d'utilité publique ne sera lié par les différents contrats passés par le fondateur qu'autant que ce dernier, qui a agi en qualité de gérants d'affaires de la personne morale future, s'est comporté en bon administrateur.

CHAPITRE III

DES RAPPORTS EXISTANTS ENTRE LES MEMBRES EVENTUELS DE LA PERSONNE MORALE FUTURE

Nous envisagerons, dans ce chapitre, les rapports prenant naissance entre les membres futurs d'associations, de sociétés par intérêt ou par actions en voie de formation. Il n'y a pas, en fait, de liens de droit entre les bénéficiaires de fondations non encore reconnues.

Section I. — Les associations.

Nous avons déjà indiqué que le contrat d'association devenait, en principe, définitif dès que deux adhésions se trouvaient réunies. Le caractère obligatoire de la convention d'association *inter partes* est certainement indépendant de l'accomplissement des formalités constitutives et notamment de la déclaration prévue à l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Mais les statuts peuvent avoir subordonné la formation de l'association à la réunion d'un nombre d'adhésions minimum. En attendant que ces adhésions soient réunies en nombre suffisant, quels seront les rapports juridiques existant entre les membres de la future association. Nous pensons que l'on se trouve alors en présence d'une promesse d'association qui fera place à un contrat dès que les conditions prévues par les fondateurs auront été remplies.

Point n'est besoin de faire appel à une théorie « institutionnelle » quelconque. Le fait que les adhésions sont recueillies d'une façon successive n'est pas exclusif de

la notion de contrat. Il ne sera pas non plus nécessaire de faire appel à une prétendue personnalité interne de l'association au cours de sa période constitutive. La notion de personnalité juridique ne doit, en effet, intervenir que dans les rapports de l'association avec les tiers. C'est justement le mérite de M. Hauriou d'avoir mis en lumière le fait que la personnalité morale permettait l'établissement de relations entre des individualités qui puissent être considérées l'une par rapport à l'autre, comme des parties dans les opérations du commerce juridique. Or, nous avons ici affaire aux membres solidaires d'un même groupe qui veillent à la sauvegarde de leurs intérêts.

Il semble cependant que certains faits ne s'expliquent que par l'existence d'une individualité objective de l'association *inter partes* avant même que celle-ci ait acquis la personnalité juridique. On a tiré notamment argument du fait que le décès d'un associé n'empêche pas la période constitutive de se poursuivre¹. La chose pourtant n'est en rien insolite : il serait même surprenant qu'au cours de la période constitutive, le décès d'un futur associé pût avoir cette conséquence fort grave qu'il n'a pas au cours de la vie même de l'association.

Si, au cours de la période constitutive, des assemblées générales se réunissent à l'effet de délibérer sur la création définitive de la personne morale, ou de modifier les statuts primitivement élaborés par les fondateurs, ces assemblées devront certainement respecter les règles statutaires relatives au quorum. Est-ce à dire qu'il faille voir dans ces faits juridiques la preuve de la personnalité interne de l'association antérieurement à la déclaration légale ? Nous ne le pensons pas. Nous nous trouvons simplement en présence de contractants qui se réunissent librement en respectant toutefois les règles conventionnelles et légales qui leur sont imposées.

M. Lescot, pour faire admettre la personnalité de l'association au cours de la période constitutive, a en outre

1. Lescot, *op. cit.*, p. 201.

tiré argument du mécanisme juridique suivant lequel se fait le passage d'une association non déclarée à une association déclarée. Il a soutenu que lorsque le bureau d'une association qui a vécu pendant un certain temps sous le régime de la non-déclaration décide de procéder à la publicité légale, c'est le même organisme qui continue d'exister avec une capacité différente. « Après la déclaration, la structure organique de l'association n'a pas changé, elle n'a fait que franchir enfin le seuil de la phase préparatoire à l'apparition de la personnalité ¹. »

De ce fait, M. Lescot a déduit la solution suivante, parfaitement exacte en droit, à savoir que les statuts primitifs continuent à s'appliquer. Les directeurs et administrateurs en exercice restent en fonctions, il n'y a pas de transmission de l'association non déclarée à l'association déclarée.

Mais précisément, ces solutions constituent d'excellents arguments à l'appui de la thèse que nous avons développée, suivant laquelle la personnalité juridique de l'association n'intervient pas dans les rapports existants entre les différents membres de l'association. La preuve en est que la publicité légale ne produit aucun effet *inter partes*.

L'association *inter partes* est parfaite indépendamment de la déclaration prévue à l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. A partir du moment où la convention d'association a été conclue se trouve mis en commun le montant des cotisations versées par les divers adhérents. Ce capital mis en commun peut être important si les associés ont usé de la faculté de rachat et se sont libérés par le seul versement d'une somme maxima de cinq cents francs. Ont pu également être mis en commun des biens immobiliers apportés par certains adhérents puisque aussi bien la loi de 1901 permet aux associations d'acquérir à titre onéreux les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent. L'apport fait par l'associé tient de l'acte à titre

1. Lescot, *op. cit.*, p. 234. — Cf. Hauriou, *Droit public*, p. 110.

onéreux, puisque l'associé entend retirer de son apport tout au moins des avantages intellectuels et moraux qui peuvent constituer une contre-partie suffisante dans un acte à titre onéreux. Des biens mobiliers ont pu également avoir été mis en commun.

Cette mise en commun des biens de l'association non déclarée n'a d'effet qu'entre les parties. Aux yeux des tiers, ces biens continuent à figurer dans le patrimoine des apporteurs. On ne saurait admettre à cet égard une personnalité anticipée de l'association antérieurement à la déclaration légale et à la publicité au *Journal officiel*. Et il y a lieu d'approuver sans réserves une décision du Tribunal civil de Narbonne du 24 décembre 1925¹, aux termes de laquelle un groupement d'amateurs de musique qui ne s'est pas conformé aux prescriptions impératives des articles 2 et 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 n'a pu même sous la forme de dons manuels devenir propriétaire des partitions de musique mises par l'un de ses membres à la disposition de tous les membres de l'association.

Section II. — Les sociétés par intérêt.

Nous avons déjà vu qu'en ce qui concerne les sociétés de personnes, leur période constitutive est extrêmement brève, même lorsqu'il y a eu au préalable promesse de société. Cette promesse s'analyse en effet en une obligation de faire qui, en cas d'inexécution, ouvre simplement droit à des dommages-intérêts. La société future ne se trouve en germe dans la promesse antérieure que dans une très faible mesure.

Au surplus, de nombreux événements entraîneront la caducité de la promesse, en raison de l'*intuitus personae* qui joue un rôle considérable en la matière. Il n'est pas nécessaire de rappeler les conséquences que la loi attache au décès, ou à la déclaration de faillite de l'un des futurs associés.

1. D. H. 1926, p. 95.

Il en serait autrement s'il s'agissait d'une constitution de société par voie d'option. Nous avons vu en effet que dans certains cas la convention des parties était suffisamment précise et distincte pour que la simple levée de l'option par le stipulant constitue réellement la société. Mais il est certain qu'en règle générale, la naissance de la société ne date que de la convention ultime, et que sa personnalité juridique ne rétroagit avant cette date. C'est uniquement au moment de la convention que les biens sociaux se trouvent mis en commun et que la charge des risques se trouve être transférée à la communauté des associés.

Section III. — Les sociétés par actions.

Pour la clarté de l'exposition, nous n'avons examiné dans le chapitre précédent qu'un aspect des conséquences juridiques de la signature du bulletin de souscription par le souscripteur. Nous avons soutenu que ce dernier s'engageait envers les fondateurs à acheter un nombre d'actions déterminé de la société à créer et que l'acceptation des fondateurs s'analysait en une promesse de vente. Mais quand l'on a dit cela, l'on n'a pas épuisé l'étude des effets juridiques du contrat de souscription. Car l'objet de cette convention est en même temps une part sociale. Le souscripteur a de plus manifesté sa volonté d'adhérer à une société dont les statuts sont ceux sur le vu desquels il a souscrit. Dans cette « volonté d'adhésion », le lien social est déjà en germe.

La nature juridique de cet acte d'adhésion a été définie en fonction des deux théories classiques, la thèse contractuelle et la thèse institutionnelle qui se sont affrontées sur ce terrain, comme sur tant d'autres.

Pour apprécier le bien-fondé de l'une ou l'autre thèse, il convient tout d'abord de connaître les phénomènes juridiques auxquels donne naissance l'acte d'adhésion aux statuts rappelés dans le bulletin de souscription.

A) *Les faits.*

A partir de quand le souscripteur est-il lié par son acte d'adhésion aux statuts ? Il est normal d'admettre ici une solution analogue à celle que nous avons admise en analysant les rapports juridiques existant entre fondateurs et souscripteurs. Nous avons vu que le souscripteur était obligé dès qu'il s'était dessaisi de son bulletin de souscription entre les mains des fondateurs¹. Mais si le souscripteur est lié avant la constitution définitive de la société, il n'en est pas pour cela d'ores et déjà associé. Il ne le deviendra que par l'attribution d'un nombre d'actions déterminé.

Cette obligation du souscripteur est transmissible à ses héritiers. La souscription est donc plus qu'une simple sollicitation, laquelle tombe de plein droit, si elle n'a pas été acceptée avant le décès de son auteur.

L'acte d'adhésion aux statuts doit avoir une cause morale et licite et les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation. Aux termes de la jurisprudence de la Cour suprême, « l'arrêt qui constate qu'une société en formation avait en fait pour objet principal sinon unique l'exploitation d'un casino-théâtre avec salles de jeux internationaux; que sous cette appellation déguisée, les fondateurs entendaient établir des jeux de hasard auxquels serait convié le public de tous pays, et que c'est seulement sur le produit de ces jeux qu'ils comptaient pour faire vivre et prospérer leur entreprise, déclare à bon droit que cette société avait une cause illicite. En annulant par suite les souscriptions aux actions de cette société, les juges du fond ne font qu'user de leur droit d'apprécier la nature, la cause et l'objet du contrat² ».

Quels sont les effets des vices du consentement sur la validité de l'acte d'adhésion. A cet égard, la jurispru-

1. Trib. com. Seine, 18 avril 1928, *Revue des Sociétés*, 1928, p. 276; Thaller et Percerou, *op. cit.*, n° 517.

2. Req., 24 mai 1913, D. P. 1916.1.264.

dence¹ et les auteurs admettent que l'acte d'adhésion peut être annulé pour erreur, violence ou dol par application des articles 1109 et suivants du Code civil. Il est d'ailleurs difficile de distinguer le dol des exagérations de la publicité. De plus, les manœuvres frauduleuses et les allégations mensongères contenues dans les prospectus ne seront une cause de nullité des souscriptions que si elles ont exercé une influence décisive sur l'esprit des souscripteurs. Toutefois, cette nullité ne pourra être opposable aux créanciers sociaux : ses effets sont donc assez restreints.

Les statuts sont-ils immuables au cours de la période constitutive ou bien doit-on accorder aux premières assemblées générales chargées de la vérification des apports en nature, le pouvoir d'apporter aux statuts les modifications demandées par les membres présents ? La jurisprudence l'a admis. Tout comme dans une société définitivement constituée, la majorité légale des actionnaires aura tous pouvoirs pour lier la minorité.

Tels sont brièvement exposés les phénomènes juridiques, dont il s'agit maintenant d'expliquer la nature.

Une fraction importante de la Doctrine moderne a lancé une vigoureuse offensive contre la thèse contractuelle classique et a donné un développement considérable à la thèse dite « institutionnelle ».

B. *Les théories.*

a) *La thèse institutionnelle.* — A la fin du siècle dernier, se propageait dans la Doctrine française cette idée, venue d'Allemagne, que les sociétés par actions avaient à leur base plus et autre chose qu'un contrat². Les auteurs n'étaient pas d'accord, cependant, sur la qualification qu'il convenait de donner à cet acte d'une nature spéciale.

1. Douai, 19 août 1887, *Journ. Soc.*, 1880, p. 102; Cass., 30 juillet 1895, S. 96.1.288 (augmentation du capital social).

2. Saleilles, *op. cit.*, p. 429.

La Doctrine allemande s'est attachée à montrer que la création d'une société par actions constituait *un acte complexe*¹. Le contrat repose sur une transaction qui met fin au conflit des intérêts en présence et oblige les parties à des prestations dont la cause est différente. Or, soutient-on, dans la formation d'une société par actions, il n'y a pas de conflit d'intérêts en présence. Le but visé par les parties est le même pour tous : ce ne sont pas des concurrents, mais des collaborateurs qui émettent des déclarations unilatérales de participation à cet acte complexe que constitue la création de la société nouvelle.

Abstraite à l'excès, cette théorie ne fournit pas une explication satisfaisante de la réalité juridique : c'est à la faveur d'un simple artifice verbal que l'on voit substituée cette « identité de but » au concours des volontés. D'autre part, il est inexact de dire que, dans la constitution d'une société par actions, il n'y ait pas de conflits entre les intérêts en présence. La loi n'a-t-elle pas justement prévu la divergence possible de ces intérêts en faisant de la vérification des apports en nature une formalité constitutive.

Enfin, on ne peut admettre que l'acte d'adhésion aux statuts s'analyse en un engagement unilatéral envers la société à créer, personne morale future. Certes, contrairement à ce qu'a soutenu M. Pierre Lescot², on peut s'engager envers une personne future, sous certaines conditions. Mais, si nous écartons cette explication ici, c'est justement parce que, comme nous l'avons dit, la personnalité de la société n'apparaît pas dans sa vie interne qui met simplement en présence des membres associés.

M. Hauriou³, en France, a développé la théorie de l'institution dont la valeur explicative en Droit public est incontestable, mais qui, dans la matière qui nous occupe, ne saurait être accueillie. Selon M. Hauriou, il

1. Kuntze, *Der Gesamttakt. Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Otto Müller* (1892), p. 44.

2. Lescot, *op. cit.*, p. 191.

3. *L'institution et le Droit statuaire*, *op. cit.*, p. 171 et suiv.; *Principes du Droit public*, p. 143 et suiv.

ne faut pas considérer les adhésions successives à la société, comme des manifestations de volonté actuelles, correspondant à des actes juridiques, mais comme de simples *faits* juridiques s'insérant dans une opération complexe à procédure, qui lie en un acte juridique objectif ces faits juridiques épars.

Mais qui ne voit que cette substitution de l'acte juridique par le fait juridique ne s'impose nullement ? D'autre part, le rôle prépondérant attribué aux éléments objectifs, considérable en Droit public, n'a pas, en Droit privé, la valeur que M. Hauriou lui accorde.

M. Pierre Lescot a adopté la théorie de l'institution en insistant toutefois sur l'importance des éléments subjectifs qui interviennent dans la création de l'être de Droit nouveau. Le souscripteur adhère aux statuts par sa volonté unilatérale. Cette charte statutaire fait l'unité de la corporation nouvelle. Elle crée le but pour lequel l'organisme a été constitué. Elle marque la volonté collective, à l'état latent dans le statut corporatif qui va s'affirmer, se préciser par les déclarations unilatérales d'adhésion, qui fera que celles-ci successivement émises n'apparaîtront pas isolées les unes des autres : elles seront les rayons issus d'un même centre, les cellules d'un même organisme, certes encore bien informe, mais renfermant déjà le principe vital que lui ont insufflé ses fondateurs.

Cette prédominance de la volonté collective sur les volontés individuelles explique aisément le droit reconnu aux organes légaux de la personne morale de prendre des décisions avant même la constitution définitive, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement unanime des associés, à la condition, cependant, que soient respectés les privilèges essentiels attachés à la qualité d'actionnaire.

Nous ne pouvons pas adhérer à la thèse présentée par M. Lescot. D'ailleurs, sous ces formes changeantes, la théorie de l'institution au fond ne varie pas beaucoup. En fait, cette théorie « se pose en s'opposant » à la théo-

rie du contrat. Or, y a-t-il juridiquement un trait qui, dans la constitution des sociétés par actions, exclue nécessairement la théorie du contrat ? Nous ne le pensons pas. Le fait que le consentement donné par les différents associés n'est pas quelque chose d'instantané, mais de successif, n'a rien de choquant pour l'esprit. La Doctrine ne nous a-t-elle pas familiarisés avec la notion d'avant-contrat ? Quant à cette circonstance que les décisions sociales n'exigent pas l'accord unanime des associés, elle s'explique par des considérations d'utilité *pratique* et de logique juridique : il convient de dire, en effet, que c'est en raison de « l'ordre de la loi » que la volonté de la majorité lie la minorité, ordre de la loi que l'on ne saurait enfreindre et qui donne, par conséquent, aux règles constitutives, un caractère d'ordre public. Ce caractère ne peut nous surprendre surtout depuis la multiplication des lois tenant en échec le principe de l'autonomie de la volonté et provoquant ce que l'on a appelé « la crise du contrat ». Le champ où la volonté des parties est encore seule maîtresse est réduit au *minimum*.

Est-ce à dire qu'il faille vider la notion de contrat de sa substance au profit de la notion d'institution ? Les règles de Droit privé doivent-elles céder la place aux règles de Droit public ? Nous pensons plutôt qu'il faut conserver la notion de contrat et d'obligation de Droit privé, en tenant compte, cependant, du rôle de l'article 1135 du Code civil qui oblige le contractant non seulement à ce qui est exprimé à la convention, mais aussi à toutes les suites que la loi donne à l'obligation d'après sa nature.

Ces remarques étant faites, nous allons préciser les données de la théorie contractuelle, à laquelle nous entendons nous rattacher.

b) Les thèses contractuelles. — Les théories que nous allons examiner concordent sur un point : la société par actions repose bien sur une convention. Mais elles divergent dès qu'il s'agit de dire à quel moment cette convention est conclue, et comment elle est conclue.

On a soutenu que, par l'acte d'adhésion aux statuts, chaque souscripteur s'engageait directement envers la société, personne morale future. Mais il ne peut y avoir de convention qu'à partir du moment où l'être de droit a pris naissance. Il semblerait, dès lors, que ces adhésions soit librement révocables pendant la période constitutive. Ce résultat est inévitable, à moins de faire intervenir les fondateurs. Mais en quelle qualité interviendraient-ils ?

Tartufari¹ a soutenu que les fondateurs se comportaient en mandataires de la société en formation. Nous avons vu, pourtant, que l'on ne pouvait être mandataire d'une personne future.

D'autres auteurs mieux inspirés ont préféré invoquer la théorie de la gestion d'affaires, laquelle a obtenu, en France, un certain succès². Nous l'avons déjà accueillie pour expliquer le mécanisme de la transmission à la société dès sa création, des droits et obligations ayant pris naissance au profit ou à la charge des souscripteurs pendant la période constitutive. Mais il s'agit ici d'autre chose : de l'adhésion aux statuts qui deviendront ensuite les éléments constitutifs du contrat de société servant de charte à la personne morale définitivement constituée. Faire intervenir les fondateurs dans ce phénomène juridique serait une erreur.

Nous ne retiendrons pas davantage la théorie de M. Renaud³ qui fait appel à la stipulation pour autrui. Toute stipulation, en effet, peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers bénéficiaire. Or, on ne saurait accorder aux fondateurs cette faculté de révocation.

Enfin, M. Thaller⁴, pour expliquer le lien direct existant entre le souscripteur et la société, ainsi que le caractère immédiatement obligatoire du lien de droit noué par le souscripteur, a reconnu à la société, au cours de

1. Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, n° 112.

2. V. notamment, Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 686 bis.

3. Renaud, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 2^e édit., Leipzig, 1875.

4. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de Droit commercial*, t. I, n° 501.

la période constitutive, une certaine personnalité purement interne qui lui permet de devenir d'ores et déjà titulaire des droits et obligations issus des contrats passés avec ses membres. Mais nous avons vu que, dans les mots « personnalité juridique interne », il y avait une contradiction flagrante. Il n'y a de personnalité juridique qu'externe, et l'on ne conçoit pas à l'intérieur de la société des rapports contractuels entre la personne morale et ses différents membres. On ne peut opposer la partie au tout dont cette partie est précisément un élément constitutif.

Procédant à une analyse juridique plus correcte, certains auteurs ont soutenu que chaque souscripteur ou chaque apporteur en nature s'oblige envers *les autres* à réaliser son apport, tandis que ceux-ci s'obligent à lui procurer les avantages attachés à la qualité d'actionnaire. Entre souscripteurs ne se connaissant pas, l'échange des consentements se fait par l'intermédiaire des fondateurs se comportant comme gérants d'affaires. Le contrat est conclu au moment de la souscription intégrale du capital social ; mais l'exécution en est suspendue jusqu'à accomplissement des autres formalités constitutives.

Pour respecter la réalité juridique, cette thèse doit être exposée sous une forme légèrement différente : le contrat de société n'est définitivement scellé qu'au moment où la société est définitivement constituée. Avant l'accomplissement des dernières formalités constitutives, il ne saurait y avoir que des engagements réciproques de former une société contractés par tous les souscripteurs. Chacun d'eux a passé avec les autres un avant-contrat, un pacte « de contrahendo », qui fera place ultérieurement au contrat de société.

Ce pacte « de contrahendo » n'est pas un pacte innommé : il a son nom dans les textes et chez les auteurs : c'est une promesse de société. *L'intuitus personæ* étant, en principe, exclu dans la matière des sociétés de

capitaux, cette promesse de société peut être consentie à des personnes indéterminées. Va-t-on dire que cette promesse de société, comme toute offre, est pleinement révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée. Ce serait là une vue inexacte.

L'offre accompagnée d'un délai pour son acceptation ne peut être rétractée par celui qui en est l'auteur avant l'expiration du délai fixé.

Quand bien même l'offrant n'indiquerait pas la durée de ce délai, celle-ci résultera de la nature de l'affaire : « On peut dire que, dans le commerce, il n'y a pas d'offre qui ne soit pas accompagnée expressément ou implicitement d'un délai. N'est-il pas évident que l'auteur de l'offre ne peut être considéré comme libre de la rétracter avant l'expiration des délais par lui fixés ¹.

En l'espèce, en l'absence d'un délai fixé par le législateur, déterminant la durée de l'engagement du souscripteur, il appartenait aux tribunaux de dire, dans chaque cas, à quel moment le souscripteur pouvait être déclaré délié de la promesse de société consentie à ces personnes indéterminées que sont ses souscripteurs.

Le décret du 31 août 1937, dans une de ses dispositions les plus remarquables, a établi un délai de six mois qui court à partir du jour du dépôt au Greffe du Tribunal de commerce du projet des statuts arrêtés par les fondateurs, et à l'expiration duquel, en cas de non-constitution de la société, le souscripteur peut se considérer comme délié de ses obligations et demander en justice la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds provenant des souscriptions et de les restituer à qui de droit.

Dès lors, en l'état actuel de la législation, le bulletin de souscription contient une promesse de société consentie à des personnes indéterminées et valable pour une durée de six mois.

Quand ces promesses de société multiples et réciproques font-elles place au contrat de société proprement

1. A. Colin et H. Capitant, *Cours de Droit civil*, t. II, n° 28, p. 27.

dit ? Nous estimons que c'est seulement après l'accomplissement de toutes les formalités constitutives. Auparavant, il ne saurait y avoir autre chose qu'une pure et simple promesse de société.



On a, il est vrai, soutenu le contraire. M. Thaller a développé, avec l'autorité que l'on sait, l'idée qu'il s'établissait pendant la période constitutive des liens d'obligation rattachant l'individu à un groupe. La société procède du groupe des souscripteurs, qui s'est formé par suite des adhésions successives de ses différents membres et qui a grandi jusqu'au jour où il a pu se révéler au public avec la qualification de société par actions. Il suffit que deux souscriptions aient été recueillies pour que l'on soit autorisé à dire : le noyau d'association est créé. Deux personnes sont tenues l'une envers l'autre de respecter la parole qu'elles se sont donnée. A ces deux personnes s'en joindront cent ou mille autres, c'est la même formation automatique qui se continue, c'est la même agglomération moléculaire¹. Et ce groupement intérieur a pu, dans cette existence latente, contracter avec les membres qui se sont agrégés successivement à lui des droits et des obligations, ceux-là mêmes que le siège social invoquera plus tard dans ses rapports avec les actionnaires.

M. Pierre Lescot, parti de la théorie institutionnelle est arrivé à une conclusion voisine de celle de M. Thaller. Au cours de la période constitutive, le nouvel être juridique, tiré du néant par le fait même que les statuts ont été rédigés, statuts qui lui assignent une certaine fin et règlent son aménagement interne, n'est encore que conçu, mais son individualité va s'affirmer au fur et à mesure que se déroulera la procédure constitutive. Sans parler de personnalité interne, M. Lescot insiste sur l'organisation interne des personnes morales avant la constitution définitive². Les fondateurs agissent déjà en

1. Thaller et Percerou, *op. cit.*, t. I, n° 501.

2. Lescot, *op. cit.*, titre III, ch. I^{er}.

qualité d'organes au moins provisoires de la société en procédant personnellement à l'accomplissement des formalités légales, et à la convocation des assemblées générales. Les premiers administrateurs peuvent déjà avoir été désignés par les statuts. L'assemblée générale des futurs actionnaires sera réunie une ou plusieurs fois pour exercer des attributions déterminées par la loi.

Pour conclure à l'existence objective de la société antérieurement à la constitution définitive, M. Lescot tire argument de deux faits que nous analyserons successivement et dont nous déduirons des conséquences différentes de celles auxquelles M. Lescot est arrivé.

Le premier, c'est que ces premières assemblées générales, outre le rôle qu'elles ont de vérifier la sincérité de la déclaration notariée et d'approuver les apports en nature, ainsi que les avantages particuliers se sont vu reconnaître par la Jurisprudence le droit de modifier les statuts établis par les fondateurs. Les futurs actionnaires ont pu, en effet, formuler des critiques relativement aux restrictions apportées par les statuts à l'exercice du droit de vote, ou aux pouvoirs trop larges attribués au Conseil d'administration. Ils ont pu encore être d'avis de réduire le capital social.

Ces pouvoirs ne sauraient excéder ceux qui sont reconnus par la loi aux assemblées générales au cours de l'existence même de la société. Autrement dit, il est hors de doute que les premières assemblées générales ne sauraient altérer les bases essentielles des statuts. Cette Jurisprudence était juridiquement correcte puisque le quorum exigé par l'article 31 de la loi de 1867 pour l'accomplissement des formalités constitutives était le même que celui exigé pour la modification des statuts.

Mais, aujourd'hui, l'article 31 a été modifié par les lois du 22 novembre 1913 et du 1^{er} mai 1930, ainsi que par le décret-loi du 13 avril 1935, et s'il permet, à l'heure actuelle, de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, à l'exception du changement dans la nationalité de la société ou l'augmentation des engagements des

actionnaires, il exige, en revanche, un quorum plus élevé que celui qui est prescrit pour la régularité des délibérations des assemblées constitutives.

Il convient donc de décider que les assemblées constitutives ne pourront modifier les statuts qu'en respectant les règles de quorum spéciales inscrites à l'article 31. Mais la question est justement de savoir si l'on peut apporter ces modifications alors que la société n'est même pas constituée.

On a soutenu la thèse négative : Dans le fonctionnement des sociétés par actions, la loi a prévu d'une façon limitative les hypothèses où le consentement de la majorité lie la minorité. Les assemblées constitutives ont uniquement le pouvoir de délibérer sur les questions énumérées dans les articles 4 et 5 de la loi de 1867. En dehors de ces cas, seule l'assemblée extraordinaire constituée conformément aux règles établies par l'article 31 de la loi de 1867 peut prendre des décisions au sujet des modifications suggérées par les souscripteurs. Accorder cette faculté aux assemblées constitutives, en l'absence d'une disposition expresse de la loi en ce sens, serait contraire aux termes de l'article 1134 qui édicte le principe qu'une convention ne peut être modifiée que du consentement unanime des parties intéressées.

La Jurisprudence n'a pas cependant accueilli cette façon de voir. Elle reconnaît aux assemblées constitutives le pouvoir de modifier les statuts¹. Certes, elle n'a pas eu l'occasion de statuer depuis la promulgation des lois récentes ayant modifié les règles de quorum exigées en matière de modifications aux statuts. Mais elle sera sans doute amenée à reconnaître ce pouvoir aux assemblées constitutives, dans la mesure où elles respecteront les règles de quorum édictées par les lois nouvelles.

M. Lescot a essayé d'expliquer cette jurisprudence en faisant appel à la théorie institutionnelle et en soutenant que la vie corporative de la société commençait bien avant la naissance de la société. Mais ne peut-on pas

1. V. notamment, Lyon, 16 décembre 1902, *Rev. Soc.*, 1903, p. 184. — V. également, Lyon, 26 février 1903, D. 1909.2.346.

fournir une explication satisfaisante en demeurant dans le cadre des théories contractuelles ? Nous le pensons.

La promesse de société consentie par le souscripteur au moment où il signe le bulletin de souscription est d'ores et déjà assortie de l'obligation légale pour le futur actionnaire d'accepter les décisions de la majorité obtenues en conformité des règles de quorum établies par la loi dans chaque cas. Au surplus, dans l'ordre chronologique, ces délibérations concernant les modifications à apporter aux statuts interviendront après l'accomplissement des dernières formalités constitutives, telles que l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers par les assemblées constitutives. Rien ne s'oppose à ce que l'on admette la validité de ces délibérations, à la condition toutefois qu'aient été respectées les règles inscrites à l'article 31 relatives à la forme des convocations et au délai minimum entre les convocations et la réunion de l'assemblée.

En résumé, au cours de la période constitutive, il n'y a selon nous dans la vie interne de la société que de simples particuliers qui sont en pourparlers de contrat et qui se réunissent en vue de délibérer sur les intérêts communs. Les choses se passeraient de la même façon entre particuliers ayant l'intention de fonder une société par intérêt. La seule différence, c'est que pour les sociétés par actions, la loi a prévu les formes suivant lesquelles ces délibérations doivent avoir lieu. Il n'y a pas lieu non plus de scinder la période constitutive en deux phases et de soutenir que le contrat de société est formé aussitôt que le capital social est intégralement souscrit, la tenue des assemblées prévues aux articles 4 et suivants de la loi de 1867 étant une simple formalité de constitution destinée à conférer à l'être de droit nouveau la personnalité juridique.

Selon nous, même *inter partes*, l'approbation des apports joue un rôle essentiel dans la formation du lien contractuel : le mode de répartition des actions, les règles du partage des bénéfices sont un élément essentiel du contrat de société, et ce contrat ne sera dès lors

définitivement conclu que lorsque cette approbation aura eu lieu.

Nous analyserons dans le même sens le second fait étudié par M. Lescot : A quel moment la société, personne morale, sera-t-elle réputée être devenue propriétaire des biens meubles ou immeubles que se sont engagés à lui procurer les apporteurs en nature, propriétaire ou créancière des sommes d'argent que les souscripteurs ont promis de lui verser ? M. Lescot déclare que « l'on s'accorde à reconnaître que la société devient propriétaire des fonds versés par chaque actionnaire dès le jour de sa souscription, par suite propriétaire aussi des meubles et des immeubles, dès le jour où les actionnaires se sont engagés à les lui apporter¹ ». Or pour accueillir cette solution, n'est-on pas obligé de concevoir une personnalité juridique interne de la société pendant la période constitutive ?

Nous ne le pensons pas. On a eu le tort, en effet, en cette matière de confondre deux choses absolument distinctes et de déduire du fait que les fonds et les biens sociaux étaient indisponibles entre les mains des fondateurs à partir du moment même où est intervenu l'engagement des souscripteurs et des apporteurs, le principe que c'était la société en formation qui en était d'ores et déjà propriétaire. Comment la chose serait-elle possible, alors que l'accord des associés ne s'est pas fait sur un point essentiel du contrat, à savoir les règles suivant lesquelles s'opérera la répartition des bénéfices. D'autre part, comment admettre que la société devienne aussitôt propriétaire de l'apport, alors que les associés ne donneront leur consentement à la mise de la chose en commun qu'au moment de la tenue des assemblées constitutives.

La Jurisprudence a su se tenir à l'écart des solutions hasardeuses : Un arrêt tout à fait récent de la Chambre des requêtes, en date du 13 novembre 1935², contribuera à éclaircir les idées sur ce point. Il s'agissait d'un accord

1. Lescot, *op. cit.*, p. 245.

2. *Gaz. Pal.* 1936.1.225.

entre deux sociétés déjà constituées aux termes duquel une société s'engageait à faire apport à une autre société d'un immeuble déterminé moyennant le versement d'une somme de 450.000 francs en espèces et l'attribution de un million en actions d'apports nouvelles à créer. La société bénéficiaire de l'apport ayant émis la prétention de percevoir les revenus de l'immeuble du jour de la convention, la Cour de Paris décida que l'apport ne pouvait avoir d'effet que du jour de l'approbation par l'assemblée générale et qu'ainsi la société bénéficiaire de l'apport n'avait le droit de percevoir les revenus de l'immeuble que du jour de cette approbation. Sur pourvoi, la Chambre des requêtes a soin de préciser qu'il résulte des dispositions de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 que le consentement nécessaire des associés pour que la chose propriété de l'apporteur soit mise en commun s'exprime par le vote de l'assemblée générale et que l'obligation de livrer la chose n'est parfaite qu'après que ce vote est intervenu.

Pour la même raison, nous admettrons que pendant la période constitutive, les risques sont pour les apporteurs et les souscripteurs, qui devront seuls supporter la perte des apports en nature lorsqu'elle provient d'un cas fortuit. D'autre part, avant la promulgation du décret du 31 août 1937, on admettait que si les fonds provenant des souscriptions disparaissaient avant la constitution de la société, par exemple si le banquier chez qui les fonds ont été déposés par les fondateurs devenait insolvable, ou était déclaré en état de faillite, seuls les souscripteurs devaient supporter cette perte.

Le décret du 31 août 1937 a exclu de telles éventualités, en obligeant les fondateurs à déposer les fonds provenant des souscriptions chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations.

*
**

Mais il ne faudrait pas croire pour cela que la capacité de l'apporteur doive être appréciée au moment seulement où le contrat de société est conclu, c'est-à-dire

après la tenue des assemblées constitutives. L'obligation de l'apporteur prend naissance dès le moment où celui-ci s'est engagé envers le fondateur. C'est à ce moment que l'on doit apprécier sa capacité d'aliéner. Les événements ultérieurs ne devront pas en principe influencer sur la validité de son engagement.

Sa déclaration en état de faillite n'entraînera pas la caducité de son obligation qui est parfaite. Les biens qu'il s'est engagé à apporter, les sommes qu'il a versées ou qu'il s'est engagé à verser, ont cessé d'être affectés à l'exercice des droits et actions de ses créanciers personnels, qui ont simplement la faculté de demander la nullité de l'engagement pour cause de fraude en vertu des articles 447 et suivants du Code de commerce.

Ces solutions se justifient sans qu'il faille invoquer une prétendue personnalité interne de la personne morale au cours de la période constitutive, comparable à la personnalité que l'on s'accorde à reconnaître aux sociétés pour les besoins de leur liquidation. Seule la convention *parfaite* fait naître une personne morale, dont la personnalité d'ailleurs n'apparaîtra que dans les rapports de la société avec les tiers. Le rapprochement fait par M. Lescot avec la condition juridique de la société en état de liquidation porte à faux parce que justement la personnalité de cette société n'est reconnue que dans l'intérêt des tiers, non dans l'intérêt des associés.

Enfin, le décès de l'apporteur n'aura aucune influence sur la validité de l'obligation contractée par lui. Ses héritiers, même s'il y avait parmi eux des mineurs, seraient tenus d'exécuter ses obligations, non pas en leur nom personnel, mais en leur qualité d'héritiers, puisque, aux termes de l'article 1122 du Code civil, on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause.

En résumé, c'est au moment de la signature du bulletin de souscription ou de la promesse d'apport, que doit être appréciée la capacité juridique du souscripteur ou de l'apporteur.

TITRE III

LA VIE « EXTERNE » DES PERSONNES MORALES FUTURES

Nous allons dans ce dernier titre envisager les rapports juridiques qui mettent en présence au cours de la période constitutive, la personne morale future d'une part et d'autre part les tiers, c'est-à-dire les personnes autres que celles faisant partie intégrante de la personne morale. Voilà pourquoi figurent dans l'intitulé de ce titre les mots « vie externe ». En dernière analyse, il s'agit de préciser la capacité juridique de la personne morale future, la notion de capacité n'intéressant que la vie de relations des êtres juridiques.

Disons d'ores et déjà que nous considérons en un certain sens les fondateurs de la personne morale comme des tiers par rapport à elle. La qualité de fondateur peut en effet être isolée de la qualité de membre de la personne morale. Le fondateur envisagé d'un point de vue théorique représente quelque chose d'extérieur à la personne juridique en voie de formation.

En ce qui concerne les fondations, nous savons que le disposant et l'Etat jouent presque exclusivement le rôle de fondateurs. Les faits qui permettent de dire qu'ils font partie intégrante de la personne morale sont évidemment peu nombreux. Nous examinerons plutôt pour cette catégorie d'êtres de droit, les circonstances dans lesquelles la fondation en voie de formation peut être dotée de son patrimoine d'affectation. Il s'agit là en effet moins d'un aspect de la vie interne des fondations que

d'une question concernant leur capacité juridique externe.

Ce titre comprendra deux chapitres. Le premier sera consacré à l'examen des rapports des fondateurs avec la personne morale en voie de formation. Le second, aux rapports de la personne morale future avec les tiers proprement dits.

CHAPITRE PREMIER

DES RAPPORTS DES FONDATEURS AVEC LA PERSONNE MORALE FUTURE

Nous étudierons cette question dans le cadre des sociétés par actions. Les principes généraux que nous dégagerons seront applicables, *mutatis mutandis*, à la matière des associations.

Nous avons vu que les fondateurs devaient être considérés comme des gérants d'affaires de la personne morale en voie de formation. Il est en effet possible de se porter gérant d'affaires pour une personne future. Nous avons déjà discuté les arguments en présence, pour et contre, à propos des personnes physiques. Certes, une personne future ne saurait être partie à une convention : la chose est pratiquement impossible. Mais précisément en matière de gestion d'affaires, il y a un engagement qui naît sans convention de la libre initiative prise par le gérant.

Il semblerait, il est vrai, que le fait de la ratification transforme la gestion d'affaires en mandat, mais cette ratification n'est pas de l'essence de la gestion d'affaires. Le maître est lié indépendamment de toute ratification, par les actes utiles accomplis par le gérant.

On ne saurait contester que le fait de conférer à une organisation juridique le pouvoir et la qualité de sujet de droit constitue un résultat utile pour cette organisation juridique. Dès lors, nous admettrons que les fondateurs pourront réclamer à la société qui est extérieure à eux le remboursement de toutes les dépenses qu'ils ont

faites pour aboutir à la constitution d'une société régulière.

En revanche, les fondateurs seront responsables des fautes qu'ils auront pu commettre au cours de leur gestion. Ils sont en effet tenus d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille (art. 1374, al. 1^{er} du Code civil), sous réserve de l'application par le juge de l'alinéa 2 du même article, au terme duquel « les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ».

L'application de la théorie de la gestion d'affaires nous aidera à résoudre la question classique de savoir si les fondateurs sont *tenus* de mener à bien la création de l'être de droit nouveau. A cet égard, l'article 1373 nous dit que « le gérant est obligé de continuer la gestion ».

Voilà pourquoi nous ne pensons pas que les fondateurs aient la faculté de renoncer librement à leur projet. Il appartiendra au juge, qui, dans la matière de la gestion d'affaires, a un rôle particulièrement important, d'apprécier si les fondateurs ont renoncé à leur projet pour des motifs légitimes, eu égard par exemple aux circonstances économiques ou financières, rendant hasardeux le lancement de la société, ou si au contraire ils l'ont abandonné sans motif sérieux, ou en vue de s'assurer un avantage personnel. Dans ce second cas, les fondateurs seront passibles de dommages-intérêts.

Il semble qu'il s'agit là d'une hypothèse toute théorique. Jamais une société ne sera amenée à demander réparation à ses fondateurs du préjudice qu'elle a pu subir du fait qu'ils ont mis fin abusivement à leur gestion d'affaires, tendant à la création de la personne morale, puisque par hypothèse cet être ne sera pas parvenu à l'existence. Mais un cas légèrement différent pourra se présenter dans la pratique : l'abandon du projet de formation de la société a pu être l'œuvre de quelques-uns des fondateurs seulement qui ont laissé aux autres la charge de mener à bien sa constitution.

Si cet abandon a été abusif, s'il a eu pour résultat de retarder la constitution de la société la mettant dans l'impossibilité de profiter de conjonctures économiques favorables, il est hors de doute que la société aussitôt fondée aura le droit de demander réparation du préjudice subi du fait de ces agissements.

Ainsi donc, dans leurs rapports avec la société en formation, les fondateurs agissent en qualité de gérants d'affaires¹. Mais quelle est la nature des obligations qu'ils assument en attendant la création de l'être de droit nouveau ? Cette nature est aisée à définir : il s'agit d'obligations éventuelles. Une personne future ne saurait être titulaire que d'obligations ou de droits de cette nature. Ainsi au moment de sa naissance, elle aura la faculté de revendiquer des droits ouverts à son profit à une époque antérieure, mais sans aucune rétroactivité : elle pourra dès lors se voir opposer les faits et les actes juridiques qui ont modifié ou éteint ces droits avant sa naissance. En ce qui concerne le point que nous venons d'envisager, par exemple, on ne saurait sanctionner l'obligation pour le fondateur de donner suite au projet de formation de la société, au cas où le fondateur est décédé antérieurement à sa constitution. La société ultérieurement créée ne sera pas recevable à agir contre les héritiers du fondateur décédé antérieurement à sa naissance. En décider autrement serait transformer le droit purement éventuel de la société en un droit conditionnel avec effet rétroactif. Or nous avons écarté déjà cette solution, une personne future ne pouvant être titulaire de droits actuels ou conditionnels.

*
**

Quant à la sanction des agissements des fondateurs, qui ont eu pour conséquence la nullité de la société, son examen n'entre que pour partie dans l'objet du présent chapitre, et c'est à tort, pensons-nous, que M. Lescot

1. La jurisprudence belge est également en ce sens. V. Courtrai, 25 mai 1899, *Pasicrisie*, 1899, p. 345.

a fondé d'une manière générale la responsabilité des fondateurs édictée par l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 sur le fait que les fondateurs jouent le rôle d'organes provisoires de la corporation pendant la période constitutive.

La loi, en effet, s'exprime en ces termes : « Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. »

Or cette responsabilité donne naissance à deux séries d'actions : à des actions individuelles des actionnaires contre les fondateurs, dans l'exercice desquelles la personnalité de la société n'intervient pas, d'une part. Cette première série d'actions sanctionne les engagements pris par les fondateurs envers les actionnaires individuellement. Une faute contractuelle a été commise au détriment de ces derniers qui comptaient se voir transmettre une ou plusieurs actions d'une société régulièrement constituée. En ne satisfaisant pas à cette obligation, les fondateurs se sont rendus passibles de dommages-intérêts.

Mais d'autre part, la responsabilité édictée par la loi, à la charge des fondateurs, donne naissance à une action sociale en dommages-intérêts. La chose peut paraître paradoxale. Qui dit action sociale, dit action intentée au nom de la société pour revendiquer un droit appartenant à la société. Or une société annulée pour vices de constitution semblerait devoir être considérée comme n'ayant jamais existé et n'ayant pu produire un effet quelconque. Il devrait en être ainsi théoriquement, mais des considérations d'ordre pratique ont fait admettre des règles différentes, et dans de nombreux cas, une société nulle peut être considérée comme ayant existé dans le passé. Elle jouira d'une demi-personnalité, bien différente de la véritable personnalité juridique opposable *erga omnes*.

La société, avant l'exercice de l'action en nullité, a pu

commencer ses opérations et fonctionner pendant un temps plus ou moins long. Après le prononcé de la nullité, la société devra être considérée comme ayant eu une existence de fait que l'on ne saurait méconnaître et qui rendra nécessaire une liquidation sur la base du pacte social. Les actionnaires feront généralement procéder à la nomination d'un liquidateur lequel aura pour mission d'éteindre le passif social et de répartir l'actif, s'il en reste. Mais cette application du pacte social *inter partes* ne fera jamais apparaître la personnalité de la société, à moins que le ou les liquidateurs n'intentent contre les fondateurs extérieurs à la personne morale l'action sociale en responsabilité.

En ce qui concerne les tiers ayant contracté avec la société, la loi de 1867 s'exprime en ces termes : « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi. Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. » Cet alinéa 2 de l'article 7, bien que placé sous le titre des sociétés en commandite par actions, concerne également les sociétés anonymes. L'article 41 ne reproduit pas les termes de cet alinéa, mais il résulte des travaux préparatoires qu'il n'y a là qu'une omission involontaire.

Il résulte de ce texte, dont nous venons de préciser la portée, que dans leurs rapports avec la société, les créanciers sociaux auront une faculté d'option qui les autorisera, suivant leur intérêt, soit à se prévaloir de la nullité alors même qu'ils en auraient eu connaissance, et à tenir la société pour inexistante, soit à négliger la nullité et à considérer dans le passé la société comme valable. Pratiquement, les créanciers sociaux préféreront tenir la société pour régulière, car son annulation fera disparaître leur droit de préférence sur l'actif social. Certes, ils ne pourront obliger les actionnaires à demeurer en société et ils devront accepter la nomination d'un liquidateur. Mais ils pourront demander la déclaration en faillite de la société.

Lorsque les créanciers auront opté pour l'existence de la société, le liquidateur désigné à leur requête ou le syndic de faillite agira en responsabilité à l'encontre des fondateurs. Par cette action, la personne morale demandera réparation du préjudice subi par elle en raison du vice existant dans sa constitution.

Et alors la question se pose de savoir quel est le fondement de cette action en responsabilité ? En quelle qualité les fondateurs seront-ils poursuivis ? Faut-il dire, avec M. Pierre Lescot, qu'ils sont recherchés en leur qualité d'organes provisoires de la société en voie de formation, nous ne le pensons pas. La personne morale future n'a pu donner mandat à ses fondateurs de procéder à sa création : une personne future ne saurait être partie à une convention. Donc en aucun cas, nous ne donnerons à l'action sociale en responsabilité une base contractuelle. Soutiendra-t-on que l'on est ici en présence d'une sanction assortissant une simple obligation légale ? Non, car il semble bien que l'obligation légale ne fait que renforcer une obligation de droit privé préexistante. Cette obligation préexistante est justement basée, selon nous, sur un quasi-contrat de gestion d'affaires. Les fondateurs se sont engagés envers la personne morale future à mener à bien l'œuvre de constitution. S'ils n'ont pas rempli leurs obligations, la société, que les créanciers sociaux ont entendu considérer comme régulière, sera recevable à demander réparation aux fondateurs de l'inexécution de leurs engagements.

Mais les articles 42 et 43, ainsi d'ailleurs que l'article 8 de la loi de 1867, prévoient également que l'action en responsabilité peut être intentée contre les membres du conseil de surveillance, ou les membres du conseil d'administration en fonctions au moment où la nullité est encourue. Il est certain que cette action en responsabilité a une base contractuelle. Au moment où un actionnaire est nommé membre du conseil de surveillance ou du conseil d'administration, la société est déjà constituée. Elle peut donc être partie à une convention, sans que l'action en nullité ultérieurement intentée puisse rendre cette convention nulle et de nul effet.

Il semble cependant qu'en donnant à cette action une base contractuelle, nous allions à l'encontre de la thèse que nous avons développée, aux termes de laquelle la personnalité juridique de la société n'intervient que dans la vie externe de la société. Mais l'objection n'est pas valable, car les représentants de la société sont nécessairement *extérieurs* à elle. Toute personne morale est en effet frappée d'une incapacité d'exercice absolue. Elle est tenue d'avoir des représentants légaux ou conventionnels. La masse des actionnaires, dont la vie interne est faite purement et simplement de rapports contractuels entre associés, se comporte en personne morale lorsqu'elle procède à la nomination de ses mandataires qui agiront en son nom envers les tiers. Une convention de mandat intervient alors. L'article 43 de la loi le dit expressément des commissaires de surveillance : « L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat. » L'étendue et les effets de la responsabilité des administrateurs en fonctions ne seraient pas exprimés en des termes différents.

CHAPITRE II

LA PERSONNE MORALE FUTURE ET LES TIERS

Il convient maintenant d'aborder la seconde partie du présent titre et d'analyser les rapports juridiques qui peuvent s'établir au cours de la période constitutive entre la personne morale en voie de formation et les tiers.

Cette question sera examinée successivement pour les différentes catégories de personnes morales, dans l'ordre que nous avons déjà suivi.

Section I. — Les associations.

Une association ne peut devenir titulaire de droits actuels ou conditionnels que si elle a procédé aux formalités de déclaration et de publication. Mais, avant même qu'elle ait acquis la personnalité juridique, ses fondateurs ont pu être amenés à agir pour son compte, dans certains cas (prise à bail d'un local, commande d'imprimés et de circulaires, etc.).

Les fondateurs feront bien d'agir ouvertement en qualité de gérants d'affaires de l'association en formation, afin de faire reposer dès sa constitution sur sa personne les droits dont ils ont acquis provisoirement le bénéfice.

Les conséquences de l'échec du projet d'association ou du défaut de ratification des actes passés par les fondateurs au cours de la période constitutive seront les suivantes : les fondateurs seront personnellement tenus

à l'égard des tiers, si l'association n'est ni déclarée ni publiée ou si elle ne ratifie pas les actes de gestion accomplis en son nom.

Sans doute, lorsque l'association a fonctionné malgré le défaut de publicité ou de déclaration, les tiers pourront-ils invoquer dans leurs rapports avec les membres de l'association son existence autonome.

Mais il ne saurait être question d'attribuer à l'association en formation une personnalité provisoire et conditionnelle la rendant apte à acquérir des droits fermes opposables aux tiers, antérieurement à sa naissance. L'acquisition par elle de la capacité juridique ne peut avoir d'effet rétroactif. Mais ce principe comporte des limites. Ce qui est inadmissible en droit et inconcevable en fait, c'est la transmission immédiate d'un droit à une personne future. De nombreux actes juridiques bénéficiant à des associations en formation demeurent cependant licites. Voilà pourquoi nous nous permettrons de critiquer certaines décisions de jurisprudence.

a) Nous analyserons en premier lieu les décisions relatives aux dispositions à titre gratuit adressées aux associations. Si les bénéficiaires de ces dispositions sont des associations déclarées qui n'ont pas encore obtenu cependant la déclaration d'utilité publique, elles pourront se voir opposer leur défaut de capacité et rien d'autre. Il n'y a pas de question de personnalité juridique en jeu. Dès lors, on pourra reconnaître un effet rétroactif à la déclaration d'utilité publique.

La Jurisprudence de la Cour de cassation est cependant fixée en sens contraire ¹.

Elle ne fait aucune distinction, suivant que l'association bénéficiaire du don ou du legs est déclarée ou ne l'est pas. Au cas où la libéralité est adressée à une association étrangère, la jurisprudence fait une distinction, suivant qu'elle a ou non obtenu, conformément aux lois de son pays d'origine, la personnalité juridique ².

1. Civ., 12 avril 1864, D. P. 64.1.218; Civ., 14 août 1866, D. P. 67.1.110; Civ., 7 février 1912, D. P. 1912.1.433.

2. V. *infra*.

Dans tous les cas, la reconnaissance d'utilité publique n'a pas d'effet rétroactif.

Le fait est d'autant plus regrettable que l'association ne demandera, précisément, la reconnaissance d'utilité publique que si une libéralité lui a été adressée.

Et pourtant le Conseil d'Etat suit une ligne de conduite différente. Il ne craint pas de prendre deux décisions concomitantes, reconnaissant d'utilité publique l'association demanderesse et lui conférant en même temps l'autorisation d'accepter le legs. Ainsi, les apparences sont sauves.

Mais encore n'entre-t-il dans cette voie qu'après entente avec les héritiers naturels du testateur et lorsqu'il est certain que ceux-ci n'invoqueront pas en justice l'incapacité légale de l'association.

La Cour suprême donne à cette incapacité un double fondement : l'article 906 du Code civil d'une part et la notion de droits acquis des héritiers du sang d'autre part.

Nous avons déjà parlé de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1912¹. Une libéralité testamentaire avait été adressée par personne interposée à une association pacifiste anglaise qui n'avait pas encore lors du décès du disposant, la capacité d'être légataire en Angleterre. Ultérieurement, l'association avait acquis cette capacité. Allait-on l'admettre à recueillir le legs. La Cour suprême ne l'a pas pensé et a fait prévaloir « les droits acquis des héritiers du sang ». Pour faire triompher la thèse contraire, les moyens ne manquaient pas.

Il convenait tout d'abord, et ce que nous disons ici a une portée générale, d'écarter l'application en la matière de l'article 906 du Code civil. Comme on l'a soutenu à juste titre, l'incapacité des non-conçus édictée par l'article 906 ne concerne que les personnes physiques et non les œuvres ou établissements qui ne jouissent pas encore de la personnalité juridique au moment du décès du disposant. Cette incapacité se justifie par des considérations qui visent nécessairement les personnes

1. S. 1914.1.305 et note Hugueney.

physiques. En l'édicant, la loi a voulu empêcher qu'un individu dispose de ses biens, non seulement au profit de personnes actuellement vivantes, mais de ceux qui naîtront plus tard de ces personnes et régler ainsi pour un temps trop long la dévolution de ses biens. Il ne saurait être permis à l'homme, être éphémère, d'imposer sa volonté à la suite des générations¹. En d'autres termes, l'article 906 se rattache à une idée analogue à celle qui a fait interdire les substitutions. Cette considération n'existe plus quand il s'agit d'œuvres créées ou à créer.

A *fortiori*, l'article 906 ne peut-il être invoqué lorsque la libéralité est adressée à une association déjà déclarée et publiée qui jouit de la personnalité morale, et qui ne peut être considérée comme une personne future.

Ce premier point étant acquis, il faut maintenant examiner si l'on peut parler en la matière de droits acquis des héritiers du sang. Envisageons la pire des hypothèses : le cas où la disposition est adressée directement à une association non déclarée, et sous la condition qu'elle obtienne la reconnaissance d'utilité publique.

Il y a lieu ici de rappeler la thèse que nous avons développée à propos des fondations. Cette thèse peut être appliquée à la matière et l'on peut soutenir que la constitution des établissements d'utilité publique en général, dans les circonstances que nous venons de définir, repose sur une convention entre le disposant et l'Etat. L'offre du disposant lie ce dernier aussitôt qu'elle a été transmise à la puissance publique, qu'elle soit contenue dans un acte entre vifs ou dans un acte testamentaire. Elle lie également ses héritiers qui ne sauraient avoir de droits acquis en présence des termes de l'article 1122 du Code civil d'après lequel on est censé avoir stipulé, non seulement pour soi, mais encore pour ses héritiers et ayants cause. Et ce que le Code dit des stipulations s'entend aussi des promesses.

Ainsi donc on ne peut invoquer en la matière ni l'article 906, ni les prétendus droits acquis des héritiers du

1. A. Colin, H. Capitant et Julliot de la Morandière, t. III, n° 916.

sang. Il n'y a en aucun cas transmission immédiate d'un droit à une personne future, mais naissance d'un droit éventuel qui se fixera définitivement sur la personne morale, aussitôt que par l'accord des volontés du disposant et de la puissance publique un être de droit nouveau aura fait son apparition.

D'ailleurs, il appartiendra au disposant d'utiliser le procédé juridique de la libéralité avec charge. On a toujours admis, en effet, la validité du legs avec charge au profit d'une association non encore reconnue d'utilité publique¹.

Dans la matière des fondations, la jurisprudence a même construit une catégorie nouvelle, celle de la libéralité avec charge *tacite*². Lorsque le legs est adressé directement à la personne morale future, la jurisprudence admet fictivement qu'il s'agit d'un legs adressé aux héritiers institués ou aux héritiers naturels avec charge tacite de fonder l'établissement nouveau. Ici, le Droit français rejoint presque le Droit romain dans le domaine décevant des fictions juridiques.

Comme l'a dit si bien M. Savatier, l'heure du législateur est arrivée³.

La Société d'Etudes législatives, sur le rapport de M. Demontès⁴, a préparé un projet dont s'est inspiré M. Marcel Plaisant dans la proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau du Sénat⁵. Aux termes de cette proposition de loi, l'article 906 du Code civil est complété ainsi qu'il suit : « Les personnes morales sont capables de recevoir par testament en se conformant aux lois spéciales qui les régissent, même si elles obtiennent la personnalité morale postérieurement à l'ouverture de la

1. V. Caen, 12 novembre 1869, D. P. 69.2.225 et la note Bertauld, et sur pourvoi, Req., 21 juin 1870, D. P. 71.1.97 : Aff. Ville d'Alençon contre Société de Patronage de Jeunes Gargons.

2. Trib. civ. Seine, 8 novembre 1923, *Gaz. Trib.* 1924.1.64; Paris, 1^{er} juillet 1926, D. P. 1928.2.121, et la note de M. Savatier; Trib. civ. de la Seine, 1^{er} février 1927, *Gaz. Pal.* 1927.1.370.

3. Note sous Paris, 1^{er} juillet 1926, précité.

4. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1929, p. 147. Discussion, 1930, p. 29 et 154.

5. Sénat, *Documents parlementaires*, 1932, Annexe 8, p. 1.

succession. Néanmoins, la demande en vue d'obtenir la personnalité morale doit être formée à peine de forclusion dans le délai d'un an à compter de la découverte du testament. »

M. Boivin-Champeaux, dans le rapport qu'il a déposé au Sénat au nom de la Commission de Législation civile et criminelle, a adopté un texte légèrement différent¹. En voici la teneur : « Il peut être disposé par testament en faveur d'un établissement existant ou à créer, sous la condition qu'il obtienne la reconnaissance d'utilité publique. Dans ce cas, la demande de reconnaissance doit être formée à peine de forclusion par les administrateurs ou fondateurs de l'établissement, dans le délai d'un an à compter de la découverte du testament. La reconnaissance d'utilité publique prononcée sur la demande, introduite dans les conditions ci-dessus, rétroagit au jour du décès du testateur. »

Le texte de la Commission a heureusement substitué les mots « reconnaissance d'utilité publique » à l'expression « personnalité morale » inscrite dans la proposition de loi. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, l'association simplement déclarée, bénéficiaire d'un legs, possède déjà la personnalité morale. Il ne lui manque que la reconnaissance d'utilité publique.

Ainsi le texte nouveau consacre-t-il l'effet rétroactif de la reconnaissance d'utilité publique. Il a un champ d'application, très vaste à un point de vue, et très réduit à un autre. Ce champ est très vaste en un sens, puisque le texte s'applique aux associations, aux fondations et aux personnes morales étrangères autres que les sociétés. Nous verrons en effet plus bas qu'en principe les personnes morales étrangères ne peuvent être bénéficiaires de libéralités en France que si elles ont été reconnues d'utilité publique². Or le texte nouveau déterminera également les effets de la reconnaissance d'utilité publique, dont bénéficieront les personnes morales étrangères.

1. Sénat, *Documents parlementaires*, 1937, Annexe 375, p. 244.

2. *Répertoire de Droit international*, V° *Personnes morales*, n° 114.

Et, d'autre part, ce texte a un champ d'application réduit, car il ne vise que les libéralités testamentaires à l'exclusion des donations entre vifs : Lors de la discussion du projet à la Société d'Etudes législatives, a prévalu une fois de plus le principe intangible qu'une personne future ne pouvait être partie à un contrat.

Le texte prévoit que la demande de reconnaissance doit être introduite dans le délai d'un an à compter de la découverte du testament. Ainsi s'ébauche l'institution d'une durée légale de la période constitutive des établissements d'utilité publique. Mais un point a été laissé dans l'ombre : Ce délai d'un an s'applique-t-il également aux libéralités testamentaires adressées aux associations ou aux fondations non reconnues, par voie de legs avec charge à leur profit ? Le procédé du legs avec charge restera en effet valable après la promulgation du texte nouveau. Il semble bien que cette difficulté n'ait pas été aperçue lors de discussion du projet à la Société d'Etudes législatives. Mais, il est préférable, pour éviter une scission dans le Droit des fondations, de décider que le délai d'un an s'appliquera aux legs directs et aux legs avec charge, par une interprétation extensive des mots « disposé par testament » inscrits à la proposition de loi.

b) Nous allons maintenant envisager les décisions de jurisprudence relatives au droit pour les associations et les organisations juridiques similaires de demander réparation du préjudice par elles subi en raison de certains faits antérieurs à leur création. Sur ce point, des solutions contradictoires ont été données par la jurisprudence française.

Ainsi la Cour de Douai, par arrêt en date du 17 mai 1911¹, a déclaré recevable l'action dirigée contre Mgr Villiez, évêque d'Arras, signataire de la lettre pastorale du 14 septembre 1909 des cardinaux, archevêques et évêques de France, sur les droits et les devoirs des parents relativement à l'école, action introduite par l'Association amicale des membres de l'enseignement

1. S. 1912.2.11, et la note de M. Chavegrin.

primaire du Pas-de-Calais, alors que cette association n'avait obtenu la capacité juridique conformément à l'article 5 de la loi de 1901 qu'après la publication de la lettre incriminée. La Cour de Douai base sa décision sur le fait que « le contrat d'association est régi par les principes généraux du Droit en conformité de l'article 2 de la loi de 1901, et que l'association existe par le seul consentement des parties, sans autorisation ni déclaration préalable ; que, dès lors, elle a pu subir un dommage et il importe peu que ce soit postérieurement aux faits incriminés qu'elle ait rempli les formalités nécessaires pour lui permettre d'en demander réparation.

Par contre, un arrêt de la Cour de Poitiers du 17 novembre 1930¹ a donné une solution différente dans le cas suivant : une organisation syndicale dite « Association syndicale professionnelle des rédacteurs en chef de journaux et revues de France » était intervenue en appel dans un procès intenté par un certain Castaing à l'encontre du journal *l'Echo Bordelais*. La Cour de Poitiers a déclaré l'intervention irrecevable, motif pris de ce que l'action de Castaing avait été intentée en 1929, quelques mois après la parution de l'article incriminé, alors que l'Association syndicale intervenante n'avait été fondée que le 5 mars 1930 et déclarée le 2 avril 1930. « Elle ne pouvait donc prétendre avoir subi un dommage à l'occasion d'une instance engagée alors qu'elle n'existait pas encore. »

En ce qui nous concerne, nous préférons la solution donnée par la Cour de Douai, bien que les motifs donnés par elle à l'appui de sa décision soient critiquables. A lire les termes de l'arrêt, on pourrait croire que l'accomplissement par l'association des formalités légales soit destiné simplement à lui permettre l'exercice d'un droit antérieur indiscutablement acquis. Nous pensons, au contraire, que le droit à la réparation n'existe que lorsque l'association est douée de la personnalité juridique. Est-ce à dire qu'elle ne puisse demander répara-

1. D. H. 1931, p. 13.

tion de faits dommageables qui se sont produits antérieurement à sa naissance ?

Nous pensons qu'une action de ce genre est recevable, car il est admis aujourd'hui que le préjudice résultant d'une faute peut n'apparaître que longtemps après l'accomplissement de l'acte dommageable.

Dans l'espèce soumise à l'appréciation de la Cour de Poitiers, le préjudice causé par l'instance engagée contre le journal *l'Echo Bordelais*, aux dirigeants des journaux français envisagés dans leur ensemble n'était apparu que lorsque les intérêts professionnels de ces dirigeants avaient été juridiquement organisés. Voilà pourquoi la décision de la Cour de Poitiers doit être approuvée, dans son dispositif sinon dans ses attendus.

A fortiori, reconnaitrons-nous aux associations déclarées le droit de demander réparation des dommages causés à leur détriment, postérieurement à la déclaration légale, mais antérieurement à la publication à *l'Officiel*.

Et on ne peut approuver l'arrêt de la Cour de Paris du 14 mai 1910¹ aux termes duquel, ne peut ester en justice ni, par suite, citer directement devant le Tribunal correctionnel un prévenu pour délit de chasse sur terrain d'autrui, le président d'une société de chasse publiée au *Journal officiel* postérieurement au jour où les faits délictueux se seraient produits, et où l'assignation a été délivrée à sa requête, alors même que ladite société aurait été déclarée antérieurement à la préfecture.

Certes, la constitution de partie civile de la société de chasse était irrecevable mais uniquement parce que la citation directe avait été signifiée antérieurement à la publicité au *Journal officiel*.

Une association déclarée non publiée ne saurait ester en justice.

Mais le fait que l'acte dommageable avait été commis antérieurement à la publicité était indifférent. La Cour

1. *Gaz. Trib.*, 17 septembre 1910.

de Paris n'a pas tenu compte du principe certain que le préjudice résultant d'un acte dommageable peut n'apparaître que bien longtemps après que cet acte a été accompli.

Nous avons ainsi indiqué les cas dans lesquels des personnes futures peuvent tirer certaines conséquences juridiques de faits passés antérieurement à leur naissance, sans qu'il faille faire appel à une prétendue personnalité juridique de l'association au cours de la période constitutive.

c) Par contre, dans les hypothèses où l'acquisition du droit suppose nécessairement la personnalité juridique, nous n'admettrons pas une capacité anticipée de l'association qui serait par trop contraire aux règles édictées par l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Ainsi, il y a lieu d'approuver sans réserves une décision du Tribunal civil de la Seine du 20 mai 1925¹, rendue dans un cas assez particulier. Une association avait pris à sa naissance le même nom qu'une société déclarée avant elle, alors qu'antérieurement ses fondateurs avaient publiquement manifesté le désir de lui donner cette dénomination. Le Tribunal de la Seine décida, à juste titre, que, quels qu'aient pu être les projets et les désirs de ses fondateurs, même s'ils ont été manifestés publiquement, une association n'a pu, avant d'avoir une existence légale ni même une existence de fait, acquérir un droit quelconque au sujet de sa dénomination. Elle avait donc commis une faute en prenant à sa naissance le même nom qu'une société déclarée avant elle.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 27 mai 1936² va encore plus loin. Une association déclarée et publiée en 1912 décide de modifier son titre. La modification statutaire est déclarée à la Préfecture le 13 mars 1934. Une autre association ayant un titre similaire avait été déclarée le 10 mars 1934, mais elle n'avait été publiée que le 14 mars 1934.

1. D. H. 1925, p. 438.

2. *Revue des Sociétés*, 1937, p. 11, note Georges Cantenot.

Faisant la distinction que nous avons rappelée plus haut, entre le régime de publicité régissant les associations à leur constitution, et le régime de publicité des modifications statutaires, la Cour a estimé que l'existence de l'association publiée le 14 mars 1934 n'était opposable à l'association publiée en 1912 qu'à partir de cette date, qu'antérieurement elle ne pouvait être titulaire d'un droit acquis à un nom quelconque, et devait, dès lors, suivant l'usage en la matière, choisir un nom différent de celui de la première association.

Ces jugements sont fort bien rendus, car il eût été difficile de tenir en échec les règles précises de l'article 5 de la loi de 1901 et du décret du 16 août 1901, en reconnaissant un droit ferme à une collectivité dépourvue de personnalité.

Nous n'avons pas besoin, à cet égard, de rappeler les décisions de Jurisprudence aux termes desquelles l'association ne devient propriétaire des biens mobiliers mis en commun que postérieurement à la déclaration et à la publicité légales.

Section II. — Les sociétés par intérêt.

Nous avons vu qu'il n'y avait pas à proprement parler de période constitutive pour les sociétés de personnes. La formation de la société est réalisée presque instantanément par l'accord des associés qui marque le moment de la naissance de l'être de droit nouveau.

Cependant, l'existence de la future société a pu être prévue par les associés à l'occasion d'actes passés avec les tiers. Les futurs associés ont pu agir pour le compte de la société dont la création était simplement envisagée.

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1912¹ a été rendu sur la question. Voici l'espèce : Perret et Danaud, associés en nom collectif, avisent leur banquier habituel, Bouthillier, de leur intention de transformer leur société en une société en commandite, et lui deman-

1. S. 1912.1.213.

dent une ouverture de crédit de cent mille francs, par lettre en date du 2 juillet 1892. Cette ouverture de crédit leur est accordée, et une avance de cinquante mille francs leur est faite immédiatement. La nouvelle société est fondée le 5 août 1892 suivant. Bouthillier ouvre en son nom un compte-courant et met à sa disposition en deux versements le solde de l'ouverture de crédit. La Société Perret-Danaud et Cie est ultérieurement déclarée en état de faillite. Bouthillier produit alors à la faillite sociale pour le montant de l'ouverture du crédit et pour les intérêts. La Cour de Bordeaux admet Bouthillier au passif de la société. Elle fait état de la correspondance qui a précédé le prêt par Bouthillier de la somme de cent mille francs, de l'interprétation que les parties ont elles-mêmes donnée, à la convention formée au moment du prêt, de la façon dont elles l'ont exécutée pendant trois années, et en déduit qu'il est impossible de ne pas considérer le prêt fait dans ces conditions par Bouthillier, comme fait à la société qui allait prendre vie le 5 août 1892. Un pourvoi en cassation fut formé par les syndics de la faillite. Le pourvoi faisait grief à l'arrêt attaqué, d'avoir mis à la charge d'une société en commandite, une dette que les associés en nom collectif de ladite société avaient personnellement contractée avant sa formation, alors que cette dette n'avait pas été portée à la connaissance des tiers par l'acte de société. La Cour de cassation rejeta le pourvoi en se basant sur le fait que les juges du fond avaient souverainement apprécié la volonté des parties.

Cette solution était parfaitement juridique. Il apparaissait nettement que Perret et Danaud, en obtenant l'ouverture de crédit s'étaient comportés en gérants d'affaires de la société en formation. Cette gestion avait été ratifiée par la société aussitôt constituée. Au surplus, comme l'a fait remarquer le commentateur de l'arrêt, il était constant que le prêt avait profité à la société et que c'était elle qui avait disposé des sommes et pour les besoins sociaux. « C'était encore là une raison pour que la société fût grevée de la dette et que le passif de sa fail-

lite en supportât la charge par application des principes de l'action de *in rem verso* ». Ces actes incontestables de gestion d'affaires étaient opposables aux tiers indépendamment de toute publicité, sauf le droit pour ces derniers, d'attaquer la ratification par la voie de l'action paulienne.

M. Pierre Lescot a critiqué cette décision, et n'a pas manqué de remarquer que la Cour suprême s'était prononcée dans un sens opposé par deux arrêts rendus le 14 décembre 1886¹. Mais l'examen de ces arrêts démontre que l'on se trouvait en présence d'une espèce nettement différente.

Chavaux avait pris à bail un fonds de commerce de café-restaurant des consorts Paratgé qui s'étaient engagés à faire l'avance des frais d'embellissement. Plus tard, Chavaux, à court d'argent, pensa monter son affaire en société en commandite. Un projet de convention intervint entre Chavaux et son commanditaire le 31 janvier 1883, d'après lequel la société qu'il s'agissait de créer, cessionnaire du bail de Chavaux, prenait à sa charge toutes les dettes contractées par lui pour l'embellissement de son café et notamment les sommes dues de ce chef aux consorts Paratgé. Dans l'acte définitif du 28 février suivant, il n'est plus parlé de ces anciennes dettes de Chavaux. Mais les associés reconnurent en marge des originaux restés dans leurs mains que leurs véritables accords étaient ceux du 31 janvier. Chavaux fut même autorisé par son commanditaire à payer sur les fonds sociaux les sommes dues pour l'embellissement du fonds de commerce. La Société Chavaux et Cie ayant été déclarée en état de faillite, Paratgé demanda son admission au montant du passif social pour le montant des travaux d'embellissement qu'il avait avancés. La Cour de Toulouse accueillit sa demande, en se basant sur le fait que de l'accord des associés, la dette de Chavaux était devenue une dette sociale. Sur pourvoi, la Chambre civile, par arrêt du 14 décembre 1886, cassa l'arrêt de la

1. D. P. 87.1.103.

Cour de Toulouse, en faisant état d'éléments de fait et de droit que l'on ne retrouve pas dans l'espèce qui devait être soumise à la Cour suprême le 14 février 1912¹. En effet non seulement la dette de Chavaux avait été contractée avant la constitution de la société, mais elle l'avait été pour des travaux d'embellissement d'un établissement commercial qui, au moment de leur exécution, étaient faits dans l'intérêt exclusif de celui qui les commandait et devait seul en bénéficier. Sans doute, lors de l'apport ultérieur du fonds de commerce à la société avait-il été convenu entre les associés de considérer ces dépenses comme dettes sociales, mais cette convention n'avait pas été portée à la connaissance des tiers par l'acte constitutif de la société. On ne pouvait donc en aucun cas parler de gestion d'affaires. Il fallait appliquer purement et simplement les principes régissant les contre-lettres. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt. Ainsi se trouve dégagé le principe que l'on peut se porter gérant d'affaires pour une personne future à la condition que la gestion apparaisse d'une façon nette et indiscutable. Nous allons voir jouer cette règle d'une façon remarquable dans les pages qui vont suivre, consacrées aux sociétés par actions.

Section III. — Les sociétés par actions.

§ 1. — LES ACTES JURIDIQUES PASSÉS PAR LES FONDATEURS AVEC LES TIERS.

La société ne peut commencer ses opérations tant qu'elle n'est pas définitivement constituée. Son existence est en effet incertaine et de plus elle ne saurait être partie à une convention. Et pourtant l'intérêt de la société à venir exigera souvent que les fondateurs agissent pour son compte au cours de la période constitutive. Le cas se présentera fréquemment.

1. S. 1912.1.213.

a) La conservation de la valeur économique des apports en nature dont la société ne deviendra propriétaire qu'au moment de leur approbation par l'assemblée générale, nécessitera cependant une intervention active des fondateurs. Ces apports en nature consistent généralement en des magasins, des usines, des immeubles, des entrepôts. En cas de négligence de l'apporteur, il appartiendra aux fondateurs de faire procéder aux réparations urgentes. De plus, l'exploitation de ces usines ou de ces magasins ne doit pas subir de temps d'arrêt, qui se traduirait ultérieurement pour la société par une perte de clientèle. Si l'apporteur ne peut assurer lui-même, au cours de la période constitutive, le service de cette exploitation, il appartiendra aux fondateurs d'y pourvoir à ses lieu et place.

b) Pratiquement, la société ne doit pas attendre d'être régulièrement constituée pour procéder à l'achat de son matériel et des matières premières dont elle aura besoin, pour passer les baux afférents à ses locaux industriels et commerciaux, pour négocier l'embauchage de son personnel (ouvriers et employés).

c) Si les fondateurs ayant formé entre eux une société d'études, ont obtenu une concession des services publics, il pourra se faire que la société dont les fondateurs ont en vue la création, ne soit pas encore définitivement constituée à l'époque fixée par l'administration pour le commencement de l'exploitation. Cette concession pourra être de nature fort diverse. Il pourra s'agir de concession de transports, d'énergie électrique, de mines, de forces hydrauliques, etc. Les fondateurs, pour conserver à la société en formation le bénéfice de la concession, auront à assurer pour son compte, en attendant la fin de la période constitutive, le service d'utilité publique qu'elle organisera par la suite dans tous ses détails.

d) Dans d'autres cas, il s'agira pour les fondateurs de profiter de circonstances économiques favorables. Si la société en formation a pour objet l'exploitation d'un bre-

vet, il sera indispensable pour les fondateurs de commencer immédiatement la fabrication des produits brevetés, s'ils craignent de voir un concurrent conquérir le marché grâce à un produit similaire. Ou bien encore, en cas de chute momentanée des cours d'une matière première, les fondateurs agiront habilement en concluant d'ores et déjà des marchés fermes, pour que la société ultérieurement constituée, commence son exploitation avec un coût de production réduit. Autre hypothèse : Un immeuble limitrophe d'un immeuble dont l'apport en nature a été promis à la société, est à vendre pour un prix tout à fait intéressant. Les fondateurs pourront être amenés à acquérir cet immeuble pour le compte de la société. Enfin, un banquier pourra être disposé à consentir à la société une ouverture de crédit. Il sera prudent de la part des fondateurs de s'assurer ce concours par une convention ferme.

Voilà un aperçu sommaire des différentes hypothèses dans lesquelles les actes juridiques sont accomplis dans l'intérêt d'une société en formation. Et alors la question se pose de savoir quelle est la valeur de ces actes juridiques. Question dont la solution est complexe, car elle dépend de divers facteurs, dont les plus importants retiendront notre attention, d'une part, de la qualité prise par les fondateurs au moment où ces conventions sont intervenues, et d'autre part, du succès ou de l'insuccès du projet de formation de la société.

Nous allons examiner simultanément la valeur de ces actes juridiques en fonction de la qualité prise par les fondateurs, et les répercussions du succès ou de l'insuccès du projet de formation sur le sort de ces différents actes.

§ 2. — LA QUALITÉ PRISE PAR LES FONDATEURS.

A) Les fondateurs ont agi au nom de la société comme si elle était définitivement constituée.

Les fondateurs ont pu agir au nom de la société comme si elle était définitivement constituée, et en lais-

sant ignorer que la société était encore en voie de formation.

Or, une société qui intervient personnellement dans un acte avant qu'aient été accomplies les formalités prescrites par la loi de 1867 est nulle et de nul effet, sous réserve pour les tiers d'opter pour l'existence ou l'inexistence de la société. Si les tiers optent pour la nullité, les fondateurs seront tenus, aux termes de l'article 42 de la loi de 1867, modifié par l'article 5 de la loi du 1^{er} août 1893, de réparer le dommage résultant de l'annulation. La loi de 1893, à cet égard, a restreint la responsabilité des fondateurs qui supportaient, antérieurement, conjointement et solidairement tout le passif social. Si les tiers optent au contraire pour l'existence de la société, celle-ci sera tenue d'exécuter les conventions conclues à peine de dommages-intérêts.

Elle pourra même être déclarée en état de faillite au cas de cessation de ses paiements. La faute que les actionnaires ont commise en ne s'opposant pas à ce qu'une société en formation fonctionne comme une société définitivement constituée peut suffire à les rendre responsables à l'égard des tiers dans la limite des versements effectués et de ceux auxquels ils s'étaient engagés.

On peut donc déclarer en état de faillite une société anonyme de fait, mais à la condition toutefois qu'elle ait effectivement fonctionné. C'est donc avec raison que l'on a critiqué à certains égards un arrêt récent de la Cour de cassation, en date du 20 mars 1935¹, conçu en ces termes : « Lorsqu'après avoir entrepris l'aménagement et l'exploitation d'un fonds de restaurant et créé de ce chef un passif important, plusieurs personnes ont apporté ce fonds à une société anonyme en formation dont la seconde assemblée n'a jamais été tenue, une Cour d'appel justifie légalement la décision par laquelle, à la requête du syndic de la société en formation, elle déclare les apporteurs solidairement responsables entre eux du passif de cette société, en constatant d'une part

1. Cass. req., 20 mars 1935, S. 1935.1.209, et la note Henri Rousseau.

que la *société n'ayant jamais fonctionné*, le passif a été créé par les apporteurs, et d'autre part que la société n'ayant pas procédé à la vérification des apports et achevé de se constituer définitivement n'a pas accepté de prendre en charge les opérations entreprises par ses fondateurs avant sa constitution et ne saurait être tenue de supporter définitivement un passif qui est l'œuvre personnelle des apporteurs. »

La Cour suprême a, en conséquence, rejeté le pourvoi intenté contre l'arrêt de la Cour de Paris qui, constatant que ce passif provenait d'une série d'opérations de caractère commercial auxquelles tous les apporteurs avaient collaboré ou qu'ils avaient acceptées en vue de partager les bénéfices réalisés, avait décidé qu'une société en nom collectif de fait, existait entre tous les apporteurs. M. Henri Rousseau, invoquant les principes que nous avons rappelé plus haut a critiqué certains attendus de cette décision. La Cour suprême qui a admis que la société anonyme en formation n'avait jamais fonctionné devait dire qu'elle n'aurait dû en aucun cas être déclarée en état de faillite. Il y avait uniquement une société en nom collectif de fait entre les apporteurs et seule cette société pouvait être déclarée en état de faillite.

Les tiers ne pourront donc opter en faveur de l'existence de la société que si celle-ci a effectivement fonctionné avant sa constitution définitive. Cette option en faveur de l'existence est irrévocable à partir du moment où la société, définitivement constituée, a confirmé tacitement ou expressément l'acte auquel elle avait été personnellement partie. Un arrêt remarquable de la Cour de Poitiers du 25 juillet 1912¹ a décidé que lorsqu'un tiers a passé un marché avec une société non encore légalement constituée et que ce marché a été confirmé par la société après sa constitution, sans qu'il ait formé aucune demande en nullité, il n'est pas recevable à alléguer ultérieurement qu'il n'est pas lié parce qu'il a

1. Poitiers, 25 juillet 1912, *Journal des Sociétés*, 1913, p. 433.

traité avec une personne incapable n'ayant pas d'existence légale. La confirmation expresse du marché après que la société ait été régulièrement constituée produit, en effet, entre personnes capables de s'obliger le concours de volontés rendant le contrat définitif.

L'annotateur de cette décision a fait remarquer : « Le marché intervenu avant sa formation entre elle et un tiers qui s'engage à lui livrer une certaine quantité de denrées ou marchandises, constitue de la part de ce dernier une *offre soumise à acceptation*, offre qui peut être retirée tant que la société devenue capable de s'obliger, n'a pas manifesté son intention d'exécuter la convention. »

N'est-ce pas admettre implicitement que l'on peut, dans certains cas, comme nous l'avons soutenu, s'engager unilatéralement envers une personne future.

B) Les fondateurs ont agi au nom de la société sous la condition suspensive de sa constitution définitive.

Un autre procédé ne nous paraît guère meilleur. La convention passée avec la société représentée par ses fondateurs, au cours de la période constitutive est assortie de la condition que cette convention ne deviendra parfaite que lors de la constitution définitive de la société. La question s'est présentée devant le Tribunal de commerce de la Seine, le 12 décembre 1892¹, à propos d'une vente consentie par acte distinct des statuts à une société anonyme en voie de formation avec stipulation qu'elle deviendrait définitive par le seul fait de la constitution de la société. Le Tribunal de la Seine a prononcé la nullité de la vente pour défaut de capacité de l'acheteur et également la nullité de la société anonyme, devenue sans objet. Il a estimé que si la loi de 1867 réglementait l'apport à une société en formation, elle n'avait pas prévu la vente contre espèces à une société non encore constituée. La loi ne saurait l'admettre qu'après la constitution sociale, en face d'adminis-

1. S. 95.2.105, et la note Houpin.

trateurs habiles à la discuter et à la conclure sous leur responsabilité de mandataires.

Sur appel, la Cour de Paris¹ a décidé que le Tribunal de la Seine avait à tort prononcé la nullité de la société, les formalités constitutives de la loi de 1867 ayant été observées. Quant à la demande en nullité de la vente, elle était irrecevable, car les actionnaires n'avaient pas eu l'espèce qualité pour la demander. L'infirmité de la décision du Tribunal de commerce de la Seine par la Cour de Paris, ne porte en rien atteinte à la valeur juridique de la décision rendue en première instance.

En fait, il convient d'insister sur cette circonstance que la vente consentie à la société résultait non pas des statuts, mais d'un acte séparé. Et il semble bien que les fondateurs aient entendu éviter les formalités exigées pour l'approbation des apports en nature. La combinaison devait bien avoir pour but d'éviter que les actionnaires eussent à apprécier le prix et les conditions de la vente. La décision du Tribunal de la Seine pouvait ainsi être basée sur l'idée de fraude à la loi. Mais d'autre part, elle a considéré avec raison qu'une société non constituée ne pouvait être directement et personnellement partie à une convention. Il ne s'agit pas ici tant d'une question de capacité que d'une question de volonté. Nous admettons sur ce point une solution analogue à celle que nous avons donnée pour les personnes physiques futures. Une personne morale future ne peut être directement et personnellement partie à une convention, parce qu'elle n'a pas encore de volonté. Une convention de ce genre ne donne même pas naissance à des droits conditionnels. Car on ne saurait mettre *in conditione* un des éléments essentiels d'une convention sans passer dans la catégorie des droits éventuels. Nous avons vu d'ailleurs en étudiant la théorie des droits éventuels, que l'existence d'un des contractants ne pouvait en aucun cas être mise *in conditione*. Une personne future peut être bénéficiaire d'un contrat, elle ne peut être partie à un contrat.

1. Paris, 23 juillet 1894, S. 95,2.105, et note Houpin.

C) *Les fondateurs ont agi en leur nom propre.*

Les fondateurs ont pu agir en leur propre nom. La société en formation n'apparaît pas aux yeux du public et ce sont les fondateurs seuls qui s'obligent. Si la société n'est pas ultérieurement constituée, les engagements pris par chaque fondateur resteront à sa charge, sous réserve de son recours contre les cofondateurs.

Si la société est constituée, ils continueront à être tenus envers les tiers, mais leur situation pourra se trouver améliorée.

1° L'Assemblée générale ou le Conseil d'administration peuvent prendre au compte de la société les opérations accomplies par les fondateurs. Dans ce cas, ils seront indemnisés de toutes les avances qu'ils auront faites. La société remplira à leur lieu et place toutes les obligations qu'ils auront contractées. Une novation par changement de débiteur pourra même intervenir, si le créancier accepte la société nouvelle, comme débitrice, en libérant l'ancien débiteur. C'est l'« *expromissio* ». Cette novation par changement de débiteur pourra être réalisée, sans le concours du premier débiteur (art. 1274 du Code civil) ¹.

Il y aura, dans d'autres cas, délégation parfaite ou imparfaite. La délégation suppose l'intervention active du premier débiteur ². Elle n'a d'effet novatoire qu'à une seule condition énoncée par l'article 1275 du Code civil. « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

2° Si la société refuse de prendre à son compte les engagements pris par les fondateurs, ceux-ci seront en droit néanmoins de demander à être indemnisés pour l'enrichissement dont a pu profiter la société, par suite de ces opérations anticipées.

1. A. Colin, H. Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, t. II, p. 306

2. *Ibidem*, p. 312.

Il résulte de ces indications sommaires que ce procédé est à déconseiller aux fondateurs. Il est certes d'une correction juridique absolue, puisque la société recueille le bénéfice des conventions passées antérieurement à sa naissance, *ex nunc*, sans qu'on puisse lui objecter qu'au moment où ces conventions étaient passées, elle n'existait pas encore. Mais ce procédé présente de graves inconvénients d'ordre pratique. En effet, les biens mobiliers sur lesquels ont porté les conventions intervenues font l'objet d'une double transmission. Si, par exemple, les fondateurs ont acheté en leur nom un immeuble dans l'intention de le transmettre à la société en formation dès qu'elle sera constituée, le bien entrera dans le patrimoine de la société grevé de toutes les hypothèques légales qui ont pu le frapper du chef des fondateurs. De plus, et surtout, la transmission à la société de l'immeuble acquis par les fondateurs donnera lieu à la perception d'un second droit de mutation de 12 % ou du droit d'apport immobilier de 6 %, suivant que l'immeuble acheté est revendu ou apporté à la société en formation¹. Les fondateurs ne seront jamais à même d'utiliser la faculté d'élire command, puisque la loi ne leur donne le droit d'user de cette faculté que dans le délai de vingt-quatre heures. Enfin, ce procédé est dangereux pour les fondateurs qui risquent de se voir lésés par un refus de ratification de la part de la société.

D) *Les fondateurs, gérants d'affaires de la société en formation.*

α) *La théorie générale.* — Nous arrivons maintenant au procédé qui peut et qui doit être employé par les fondateurs, de préférence à tout autre. Les fondateurs agissent en leur nom propre, en spécifiant qu'ils contractent en qualité de gérants d'affaires de telle société en formation, pour laquelle ils peuvent éventuellement se porter fort, s'il y a lieu.

1. Req., 20 mars 1855, D. P. 55.1.62; Trib. Seine, 18 avril 1874, *Journ. Enreg.* 19.568.

Certes, comme on l'a dit, le fait d'agir au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation. Mais s'agissant d'une personne morale future, on ne peut la faire pénétrer dans le champ contractuel qu'en révélant à la partie contractante l'existence d'une procédure constitutive.

Cela dit, il convient d'insister sur ce trait, que les fondateurs s'engagent ici personnellement et directement. Et c'est ce qui différencie ce procédé de celui que nous avons indiqué plus haut par lequel la personne morale représentée par ses fondateurs, s'engageait personnellement avec stipulation que la convention ne deviendrait parfaite que lors de la constitution définitive de la société. Il n'en est plus de même ici. Il y a d'ores et déjà une convention parfaite entre promettant et fondateurs.

Mais tout en s'engageant personnellement envers le tiers, les fondateurs déclarent se comporter en gérants d'affaires de la société en formation et se soumettre envers elle à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès. Que l'on puisse gérer l'affaire d'une personne future, cela ne nous paraît pas contestable. En Droit, une personne future peut en effet être appelée à retirer éventuellement un avantage patrimonial d'une convention passée entre personnes présentes. La Jurisprudence l'a admis maintes fois. Toutes les décisions citées à l'appui de la thèse adverse par M. Pierre Lescot, dans son *Essai sur la période constitutive des personnes morales de Droit privé*, ne sont pas pertinentes, car elles concernent des cas particuliers, où les fondateurs, tantôt n'avaient pas pris expressément la qualité de gérants d'affaires, tantôt n'avaient pas revendiqué cette qualité devant les tribunaux.

Ainsi, le jugement du Tribunal de commerce de la Seine¹ est d'une rigueur juridique incontestable, car les fondateurs avaient fait intervenir principalement et directement la société en formation avec stipulation que

1. Trib. com. Seine, 12 décembre 1892, S. 95.2.105.

la convention passée entre le vendeur et la société en formation contractante ne deviendrait parfaite que lors de la constitution définitive.

L'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 1893¹ n'est pas également pertinent. La Cour suprême a décidé dans cet arrêt que les travaux effectués avant la formation de la société sur un immeuble dont elle a reçu l'apport, ne peuvent être faits pour le compte de cette société n'existant pas encore. Cette solution est correcte. Elle concorde parfaitement avec l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 novembre 1935², aux termes duquel la société ne devient propriétaire des apports que par l'approbation donnée par l'Assemblée générale. Avant cette approbation, la société n'est pas propriétaire : elle ne saurait donc, en principe, être tenue de payer le prix des travaux effectués antérieurement sur un immeuble apporté. Mais à ce principe, il y a deux exceptions, dont la première n'en est pas une en réalité. La société peut d'abord évidemment s'engager à payer les travaux effectués sur l'immeuble apporté. Mais cet engagement nouveau donnera lieu à une perception fiscale distincte. C'était le cas dans l'espèce ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 1893³. Un industriel obtient de la ville de Lyon, la concession de la construction et de l'exploitation d'un chemin de fer funiculaire. Le montant des travaux est avancé par un entrepreneur. Puis l'entrepreneur et le concessionnaire en tant que de besoin font apport à une société des travaux exécutés. Il est alloué à l'entrepreneur en représentation de cet apport la somme de 1.800.000 francs qui devra être payée par la société. L'entrepreneur qui se trouve alors en présence des prétentions de l'enregistrement déclare n'avoir à payer que le droit proportionnel d'apport sur les travaux effectués. Mais l'enregistrement objecte et fait admettre par la Cour de Lyon, puis par la Cour suprême que les

1. S. 94.1.197, D. P. 1893.1.484.

2. *Gaz. Pal.* 1936.1.225.

3. S. 94.1.197.

travaux exécutés avant la constitution de la société l'ont été pour le compte exclusif du concessionnaire, qui seul en a fait apport personnellement à la société. Dès lors l'engagement pris par la société envers l'entrepreneur devait être passible du droit de délégation.

D'autre part, la société peut être aussi tenue de payer s'il y a eu gestion d'affaires utile, et dans ce cas, si l'intention des parties apparaît nettement, le fisc sera obligé d'admettre que les obligations ont pris naissance directement sur la tête de la société, aussitôt celle-ci constituée¹. Précisément, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, l'intention de gérer était plus que douteuse; l'argument n'avait même pas été invoqué et il s'agissait d'une matière fiscale.

En revanche, dans d'autres hypothèses où la gestion d'affaires résultait de l'analyse des éléments intrinsèques de l'acte soumis à l'appréciation de l'administration de l'enregistrement, celle-ci a adopté des solutions différentes. En cas de vente faite avec les fondateurs déclarant se comporter comme gérants d'affaires et se porter forts de la ratification par la société, l'administration a admis que l'immeuble était directement acquis à la société en voie de formation et que l'on ne devait percevoir qu'un seul droit de mutation sur la vente².

D'autre part, M. Lescot fait état, pour soutenir que la Jurisprudence a écarté la théorie de la gestion d'affaires des multiples décisions qui ont refusé d'accueillir les demandes formulées contre le siège social tendant au paiement de commissions de banque sur le montant des souscriptions. Mais ces solutions n'ont pas la signification juridique que l'on veut leur prêter. La société ne peut être liée par les traités passés par les fondateurs avec les maisons de banque que si ces traités ont été publiés dans les statuts, ou encore si ces traités ont été approuvés par une Assemblée générale constitutive ou

1. Trib. civ. de la Seine, 31 décembre 1913, *Journ. Enreg.* 30.159.

2. Trib. Rouen, 27 février 1902, *Rép. pér. Enregistrement* 10.541.

ordinaire. Ces frais de constitution seront d'ailleurs amortis progressivement et par annuités.

Mais en dehors de ces cas, et en l'absence d'un vote de l'Assemblée générale, les banquiers qui ont stipulé des fondateurs le paiement de commissions seront-ils en droit d'agir contre le siège social, en prétendant que les fondateurs se sont comportés en gérants d'affaires ? La Jurisprudence ne l'a pas admis. Cette solution est-elle exclusive de la théorie de la gestion d'affaires ? Nous ne le pensons pas. Car si le maître est tenu indépendamment de toute ratification, encore faut-il que la gestion ait été utile. Or, rien n'est moins certain dans le cas présent. L'intervention des banquiers a pu simplement activer le placement des actions, sans en être la cause déterminante. En un mot, l'utilité n'apparaît pas comme évidente, alors surtout que dans l'esprit de la loi du 24 juillet 1867, la société ne doit pas être surchargée dès sa naissance d'un passif exagéré et ne doit consentir d'avantages particuliers que par l'organe de ses Assemblées constitutives. Il ne faut surtout pas que ces commissions soient payées au moyen de prélèvements opérés sur le montant du premier quart versé du capital social.

Toutes les fois, par conséquent, que le tiers ne rapporte pas la preuve indiscutable de l'utilité pour la société des conventions passées avec lui par les fondateurs, au cours de la période constitutive, toute action tendant à la rémunération de son activité par la société ultérieurement constituée lui sera refusée. Ainsi, on peut s'expliquer la décision — très mal motivée en droit, d'ailleurs — rendue par le Tribunal civil de Toulouse le 22 juin 1908¹ à l'occasion d'un procès dans lequel le demandeur n'avait pas songé au surplus à invoquer la théorie de la gestion d'affaires. Le Tribunal de Toulouse estima que le tiers qui demandait la rémunération de ses services, n'avait d'action que contre les fondateurs.

1. Trib. civ. de Toulouse, 31 juin 1908, *Journ. des Soc.*, 1909, p. 186.

Ainsi donc, contrairement à ce qu'a soutenu M. Lescot, nous ne pensons pas que la Jurisprudence ait écarté la théorie de la gestion d'affaires.

Un arrêt relativement récent de la Cour de cassation du 8 janvier 1924¹ a cependant rejeté cette théorie, plus précisément celle de la stipulation pour autrui ; mais c'est en raison de circonstances de fait qui commandaient cette solution. Une société d'études entre fondateurs ayant fait apport de ses tractations et de ses conventions à une société moyennant une somme déterminée, la Cour suprême a estimé qu'il y avait eu vente et non apport en société ou stipulation pour autrui. Il ne pouvait s'agir d'un apport en société puisque la société d'études n'avait pas exclusivement stipulé en échange de ces apports la jouissance de certains droits sociaux, restant exposés aux chances de gain ou de perte de l'entreprise. Pour écarter également la théorie de la stipulation pour autrui, ou celle de la gestion d'affaires, la Cour a noté l'absence, dans les conventions dont le bénéfice a été ultérieurement transmis à la société, de toute réserve ou de toute clause permettant de supposer que la société d'études, stipulant pour autrui aurait agi en réalité pour le compte d'une société future. Cette dernière partie de l'arrêt fournit un argument à l'appui de notre thèse, à savoir que l'on peut stipuler pour une personne future ou être gérant d'affaires, si l'existence éventuelle de cette personne future a été introduite dans le champ contractuel. A cet égard nous ne faisons qu'adapter à la matière des personnes futures les principes du Droit civil aux termes desquels il n'y a de gestion d'affaires que si le gérant d'affaires a eu l'intention de gérer l'affaire d'autrui². Le maître de l'affaire étant une personne future, cette recherche de l'intention de gérer en la personne du gérant doit être poursuivie dans des conditions assez strictes.

1. *Revue de Droit bancaire*, 1924, p. 431, et D. H. 1924, p. 83, commenté dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1924, p. 1001.

2. A. Colin, H. Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 954.

Dans le commentaire de l'arrêt précité du 8 janvier 1924, paru dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, on relève cette appréciation générale qui résume nos développements : « Les sociétés d'études qui projettent d'apporter certains droits à une société à créer feront bien en obtenant des promesses de vente, baux, etc., de déclarer qu'elles stipulent en faveur de toute société à constituer et à désigner ultérieurement. Elles conserveront d'ailleurs la faculté de révoquer et pourront alors utiliser personnellement la promesse. La désignation de la société bénéficiaire, même moyennant une somme, sera alors un acte ne constituant pas une vente. »

β) Les applications de la théorie de la gestion d'affaires.

1^{er} Cas : Le projet de formation de la société n'aboutit pas. La convention entre les fondateurs, gérants d'affaires, et les tiers sera en principe maintenue. Les premiers seront obligés d'exécuter les engagements pris, surtout si d'une façon explicite ils se sont portés forts pour la société en formation. Mais la clause de porte-fort n'est pas indispensable.

Ainsi, le Tribunal civil de la Seine, dans une décision du 26 octobre 1926¹, Société commerciale de Publicité contre Dez et Vapillon a décidé que « les engagements pris par les fondateurs d'une société ne lient pas la société et restent à leur charge personnelle si la société une fois constituée ne se substitue pas à eux dans cette obligation, et que par suite, si la société ne se constitue pas, les fondateurs sont personnellement débiteurs des fournitures commandées par eux pendant la période de formation ». Il s'agissait en l'espèce d'une demande de paiement de frais d'impression de circulaires pour la société dont la création avait été projetée sans succès.

On peut dire par conséquent que si le projet de formation de la société n'aboutit pas, il subsiste néanmoins

1. D. P. 1927.2.57.

une obligation valable. C'est là un facteur de sécurité juridique pour les tiers. Dans une espèce légèrement différente, la Cour de Colmar, par un arrêt du 2 mars 1934¹ a donné une solution voisine. Une police d'assurance avait été passée au profit d'une société anonyme en formation dont les statuts avaient été communiqués à l'assureur. Le contrat ne portait que la signature du futur apporteur de la chose assurée, sans mention spéciale. C'était précisément la destruction de la chose assurée qui avait empêché la société de se former. La Cour a admis avec raison la validité de l'assurance.

On fait remarquer dans le commentaire de cet arrêt dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* que cette solution est conforme aux principes de l'interprétation de l'article 1156 du Code civil. L'intention des parties a été sans aucun doute que le signataire de la police fût garanti tant qu'il serait propriétaire et que du jour de la formation de la société, celle-ci étant devenue propriétaire, elle fût à son tour garantie. Il y avait donc une assurance personnelle et subsidiairement une assurance au profit d'une société en formation.

Chose curieuse, la même Cour, par arrêt en date du 2 juillet 1936² a refusé d'admettre la validité d'une obligation contractée pour le compte d'une société en formation, avec clause de porte-fort. Voici l'espèce : suivant acte sous seings privés : « Entre *La Brasserie Lorraine* et X..., se portant fort de la société *Maison des Vins de France*, en formation, et s'engageant à faire ratifier les présentes par la société, dès sa formation, il avait été convenu que la Brasserie Lorraine consentirait à la société une ouverture de crédit de 800.000 francs, portant intérêt à 8 % l'an, en vue de l'exploitation d'une brasserie-restaurant par la future société. » Les fonds ne devaient être mis à la disposition que de la société définitivement constituée, après inscription d'un nantisse-

1. *Revue Jur. d'Alsace-Lorraine*, 1935, p. 16, arrêt commenté in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 396.

2. *Gaz. Trib.*, 14 janvier 1937.

ment consenti par X..., au nom de la société en formation, sur le fonds de commerce de brasserie-restaurant. Les fonds sont déposés chez un notaire; mais la société n'est pas constituée. X... invite la Brasserie Lorraine à reprendre la libre disposition de ses fonds. Mais celle-ci demande alors à X..., en vertu de la clause de porte-fort, le paiement des intérêts à 8 % sur 800.000 francs, pendant la durée d'immobilisation. Le tribunal, puis la Cour de Colmar ont débouté la Brasserie Lorraine de sa demande, en prononçant la nullité de la clause de porte-fort. Voici l'argumentation qui a prévalu. « L'obligation de porte-fort n'étant à considérer que comme accessoire, par rapport à l'obligation principale, dont la ratification est demandée au tiers qui refuse de tenir l'engagement, sa validité suppose implicitement l'existence de ce tiers, dont le porte-fort a garanti la ratification. Tel n'est pas le cas, lorsque le tiers dont il s'agit est une société en formation qui par la suite n'a pas été légalement constituée. » En conséquence, la Cour de Colmar a déclaré la clause de porte-fort inopérante.

Cette décision nous paraît critiquable, car l'obligation du porte-fort résulte d'un engagement personnel de rapporter une ratification. Pratiquement, pour le stipulant, et c'est là le point essentiel, le défaut de ratification a les mêmes conséquences que le défaut d'existence du tiers dont la ratification a été promise. Dans les deux cas, la responsabilité personnelle du porte-fort entrera en jeu.

Il semble d'ailleurs que la Cour de Colmar ait été influencée dans sa décision par le fait que l'engagement du porte-fort était lui-même conditionnel, et subordonné à la constitution définitive de la société. Car l'on doit admettre que l'engagement du porte-fort d'une société future peut être conditionnel et subordonné à la constitution ultérieure de la société. Certes l'existence d'une partie contractante ne saurait être mise *in conditione* dans un acte juridique. Mais la naissance d'une obligation entre deux parties contractantes peut parfaitement dépendre de la création ultérieure d'une personne future. Il s'agit là d'un événement futur et incertain qui peut

être mis *in conditione* eu égard aux termes généraux de l'article 1168 du Code civil. Et il y a lieu dans ce cas d'accepter la théorie de la condition avec toutes ses conséquences et notamment la règle de la rétroactivité.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Colmar, il semble bien que l'engagement du porte-fort était subordonné à la constitution ultérieure de la société. La décision aurait pu être basée sur ce moyen sans que la Cour ait à affirmer le principe inexact que la validité de la promesse de porte-fort suppose nécessairement l'existence du tiers dont le porte-fort a garanti la ratification.

Il n'y a pas un simple intérêt juridique à soutenir que dans l'espèce soumise à la Cour de Colmar, il s'agissait d'une obligation valable mais caduque, la condition étant défaillie, et non d'une obligation nulle.

L'intérêt pratique pourra apparaître dans certains cas, comme par exemple celui qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 18 juillet 1924¹. Un notaire demandait le paiement des honoraires de rédaction d'un projet de contrat de bail avec promesse de vente passé par une société au profit d'une autre société alors en formation. Les fondateurs avaient mené à bien la constitution, mais n'avaient pas donné suite au projet de contrat. La Cour accueillit la demande d'honoraires introduite contre la société ultérieurement constituée en se basant avec raison sur le fait que l'acte n'était demeuré imparfait que par le seul fait des fondateurs de cette société. Mais la Cour a ajouté dans son arrêt qu'elle n'avait pas à se demander si l'acte eût été régulier et valable au cas où il aurait été signé par toutes les parties intéressées ou leurs représentants. Cet attendu est fort critiquable et M. Demogue dans le commentaire de cet arrêt, paru dans la Revue trimestrielle de Droit civil, a soutenu avec raison que si la solution du procès était justifiée, un pareil bail étant licite, le principe posé ne l'était pas. Un notaire ne saurait en effet réclamer des

1. D. P. 1924.2.163, arrêt commenté in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1924, p. 1013.

honoraires pour un acte voué à la nullité. Ce n'était pas le cas en l'espèce, le bail qui eût été signé par les fondateurs pour le compte de la société en formation aurait été parfaitement valable.

Deuxième cas. — Le projet de formation de la société aboutit, mais la société refuse de ratifier la gestion. La société ne sera alors tenue d'aucune obligation envers les tiers¹, sauf dans le cas où la gestion d'affaires a été utile².

Les fondateurs seront cependant tenus d'exécuter les engagements pris, surtout si en termes exprès ils se sont portés forts pour la société en formation. La Jurisprudence tend à cet égard à admettre que celui qui se porte fort pour une société en formation s'oblige non seulement à faire ratifier la convention intervenue, mais encore à la faire exécuter.

Ainsi, un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris du 9 janvier 1933 a décidé que « celui qui, intervenant à un concordat, comme fondateur de la société à créer pour en assurer l'exécution, s'engage au nom de ladite société à payer aux créanciers les dividendes concordataires, promet de faire ratifier et exécuter cet engagement par la société lorsqu'elle sera constituée, et s'étant ainsi porté fort de ladite ratification, sa responsabilité personnelle est engagée dans les termes de l'article 1120 du Code civil au cas de non-ratification ou d'inexécution ».

La Cour de Nancy a statué d'une façon semblable dans une hypothèse un peu spéciale où un fondateur avait acheté un immeuble pour le compte d'une société en formation. Par arrêt en date du 19 février 1881³, la Cour de Nancy a décidé que par suite du défaut de ratification, le fondateur devait être déclaré personnellement propriétaire de cet immeuble.

1. Req., 29 juillet 1930, et la note Léon Lacour, D. P. 1931.1.57.

2. V. *supra*.

3. S. 1882.2.161.

Troisième cas. — La société est constituée et ratifie la gestion : L'assemblée constitutive chargée de la vérification des apports ou une assemblée générale réunie à cet effet seront d'ailleurs compétentes pour donner cette ratification. Les principes généraux du Droit veulent qu'après la ratification, le gérant soit entièrement déchargé des obligations qu'il a assumées pour le compte de la personne future. Celle-ci dès sa création, et après ratification de la gestion, est personnellement et exclusivement obligée envers les tiers contractants. Cette solution parfaitement juridique a été récemment consacrée par la Cour de Dijon, dans un arrêt du 27 avril 1934¹.

Voici l'espèce : Un architecte reçoit l'ordre de préparer les plans d'un hôtel. Cet ordre lui est donné par le fondateur d'une société en formation, lequel en doit devenir l'administrateur délégué, circonstances connues de l'architecte. La société est ultérieurement constituée ; elle ratifie la convention passée par le fondateur en lui donnant tous pouvoirs pour élever un hôtel. L'architecte n'est pas payé par la société de ses honoraires, et poursuit personnellement le fondateur qui l'avait chargé de dresser ses plans. La Cour de Dijon le déboute de sa demande. Elle relève le fait que la société a ratifié la convention par délibération spéciale, qu'elle a même versé des acomptes à l'architecte qui n'ignorait pas que ses plans et devis étaient destinés à la future société dont il devait être lui-même actionnaire. Elle base sa décision sur la théorie de la stipulation pour autrui, en indiquant dans son arrêt que la stipulation était permise en l'espèce à raison de l'intérêt tant pécuniaire que moral qu'avait l'actionnaire fondateur et futur administrateur délégué de la société, à la construction de l'hôtel dont la société devait être propriétaire. La Cour de Dijon aurait pu arriver à la même solution, en adoptant la théorie de la gestion d'affaires qui expliquait d'ailleurs le fait que la société se trouvait tenue de remplir les engagements pris par l'actionnaire fondateur. A cet égard, il impor-

1. D. H. 1934, p. 438. Arrêt commenté in *Revue trimestrielle*, 1934, p. 835.

tait peu que les opérations accomplies par les fondateurs aient dépassé le cadre des simples actes d'administration. Il est admis en effet que la gestion d'affaires ne doit pas être enfermée dans ce cadre étroit, à la condition toutefois que le maître ratifie la gestion. C'était le cas en l'espèce.

Signalons en outre que la Cour a voulu tenir compte du fait que l'existence de la personne future avait été admise dans le champ contractuel, l'architecte ne pouvant ignorer que ses plans et devis étaient destinés à la future société. C'était là une circonstance de fait capitale, que l'on ne retrouve pas dans l'espèce ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation, précité, du 24 avril 1893, et qui permet de dire qu'en Droit, il n'y a pas contradiction entre les deux arrêts.

La ratification par la société ultérieurement constituée des actes accomplis au cours de la période constitutive, produit donc des effets considérables et rétroagit en un sens dans le passé. Cette valeur rétroactive de la ratification est mise en lumière dans un arrêt remarquable du Tribunal correctionnel de la Seine du 7 mai 1937¹ qui a décidé qu'une *société en formation est en droit d'emprunter les sommes nécessaires à l'organisation matérielle qui lui permettra de commencer immédiatement son exploitation* ; et que dès l'ouverture de sa comptabilité la société peut prendre en charge ces dépenses pour les rembourser par un emploi légitime du capital social qui est alors devenu le sien.

*
**

C'est dans cette mesure réduite que la société en formation peut se voir dotée d'une capacité anticipée. Dans tous les autres cas, il faudra décider que la société avant sa constitution est inexistante et inhabile à être sujet de droit.

Ainsi, en matière d'inscription au registre du commerce, l'article 6 de la loi du 18 mars 1919² prescrit que

1. Trib. corr. de la Seine, 7 mai 1937, *Gaz. Pal.* 1937.2.420.

2. *Gaz. Pal.* 1919.1.905.

l'immatriculation des sociétés doit être requise dans le mois de leur constitution, et la déclaration doit être remise au greffier, en même temps que le dépôt de l'acte de société prescrit par la loi du 24 juillet 1867. Entre autres indications, cette déclaration doit mentionner la date à laquelle la société a commencé. Il résulte clairement de là que l'inscription ne peut avoir lieu tant que la société n'est pas définitivement constituée.

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1937¹ a fait récemment application de ces principes et a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Nancy, qui, bien que constatant que l'inscription au registre du commerce d'une société avait été faite à une époque antérieure à sa constitution avait rejeté la demande en nullité de cette inscription pour le motif qu'elle était « obligatoire pour permettre le dépôt de marques de fabriques et toute l'organisation qui allait suivre en vue de l'exploitation ».

De même, il convient d'approuver la solution donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 10 décembre 1904, aux termes duquel on doit déclarer nul « le legs d'une rente fait à une société anonyme d'écoles libres qui ne s'est constituée qu'après le décès de la testatrice »².

*

**

Nous ne quitterons pas ce domaine des personnes futures du Droit commercial sans parler des cas où la masse de la faillite se trouvera obligée pour enrichissement sans cause résultant d'actes d'appauvrissement antérieurs au jugement déclaratif. Nous retrouvons ici une application du principe que nous avons développé dans notre Introduction, à savoir qu'une personne morale et théoriquement une personne physique futures peuvent retirer un enrichissement sans cause d'actes d'appauvrissement antérieurs à leur naissance. Or, c'est l'enrichissement qui crée la dette. L'unique application pratique de ce principe se retrouve en matière d'enrichisse-

1. *Gaz. Pal.* 1937.1.883.

2. *D. P.* 1906.2.74.

ment sans cause de la masse de la faillite. Le créancier appauvri antérieurement au jugement déclaratif se présentera néanmoins comme créancier de la masse. Il en sera ainsi dans certaines hypothèses spéciales.

Il en sera ainsi tout d'abord lorsque l'enrichissement sans cause du *failli* se traduira pour la masse par un enrichissement certain et déterminé. Il est évident que s'il s'agit de sommes d'argent indûment encaissées par le failli, l'enrichissement même de la masse est incertain et indéterminé : le créancier appauvri n'aura que la ressource, comme simple créancier dans la masse de produire entre les mains du syndic pour le montant de la somme indûment encaissée par le failli ¹. Mais si l'indû consiste dans un corps certain, le créancier pourra agir par l'action en répétition de l'indu contre la masse si ce corps certain n'a pas été aliéné par le failli. C'est l'application pure et simple de l'article 1379 du Code civil. Mais c'est un arrêt de la Cour de Gand du 17 novembre 1932 ², qui va nous montrer comment un enrichissement sans cause du failli peut entraîner un enrichissement certain et déterminé de la masse :

Un commerçant détourne des titres au porteur qui lui ont été remis en gage, et les donne lui-même en gage à un tiers. A ce moment l'appauvrissement du propriétaire des titres, est consommé. Le commerçant est déclaré en état de faillite. Le tiers, créancier gagiste réalise son gage. Le propriétaire originaire assigne la masse en paiement de la valeur des titres sous déduction de sa dette originaire. La Cour de Gand a décidé que le propriétaire originaire était bien créancier de la masse, mais uniquement pour le profit que celle-ci avait retiré des titres, c'est-à-dire pour le prix qui, provenant de leur vente, avait servi à rembourser partiellement le créancier gagiste. Cependant la Cour n'a pas basé sa solution

1. Montpellier, 12 mai 1923, *Moniteur judiciaire du Midi*, juillet 1923; Req., 8 février 1928, *Journal des Faillites*, 1928, p. 90; Civ., 20 mai 1930, *Gaz. Pal.* 1930.2.151.

2. D. P. 1934.2.1.

sur l'idée d'enrichissement sans cause, comme l'avait fait l'avocat général Van Der Moere, dans ses conclusions, mais sur l'idée de responsabilité de la masse pour les fautes du syndic. Ce dernier avait commis une faute en laissant le créancier gagiste réaliser un gage qui n'appartenait pas au failli.

Ainsi, dans cette hypothèse, la masse de la faillite s'est trouvée obligée pour enrichissement sans cause, à la suite d'un acte d'appauvrissement consommé, avant le jugement déclaratif de faillite.

Voici maintenant une autre série de cas où l'action de *in rem verso* sera accordée alors que le créancier se sera appauvri antérieurement au jugement déclaratif. Un créancier procède à la saisie conservatoire des biens de son débiteur. Avant que le créancier ait pu procéder à la vente des objets saisis, son débiteur est déclaré en état de faillite. Il est évident que le créancier en s'appauvrissant du montant de ces frais de justice a assuré la conservation du patrimoine de la masse. La Chambre des requêtes, par arrêt du 25 juillet 1893¹, a estimé que ces frais étaient privilégiés comme frais de justice. Mais c'est là une conception trop large du privilège des frais de justice, car dans le sens propre des termes, seuls les frais de procédure nécessités par le jugement de faillite et la liquidation collective du patrimoine du failli doivent bénéficier de ce privilège. Et l'on comprend aisément qu'un jugement du Tribunal de Fécamp du 28 octobre 1931² ait refusé de considérer comme privilégiés des frais autres que ceux-là. Il vaut mieux soutenir que la masse retire un avantage certain de l'acte d'appauvrissement du créancier qui a exposé des frais en pure perte. En tout état de cause, la masse ne pourra être tenue au delà du prix de vente des objets saisis.

On remarquera que dans cette seconde série de cas, à la différence de la première, c'est la masse qui retire directement le bénéfice de l'acte d'appauvrissement du

1. D. P. 93.1.599.

2. *Gaz. Pal.* 1932.1.65.

créancier. Il en sera de même pour la troisième série de cas.

Au cas de liquidation amiable ou de tentative de liquidation amiable du commerce du futur failli, on se trouve en présence d'un groupement de fait et de droit des créanciers, groupement au profit duquel des actes juridiques pourront être accomplis. Ainsi lorsque la faillite du commerçant sera ultérieurement déclarée, la masse profitera directement des prestations assurées par ces actes juridiques, qui lui procureront un enrichissement sans cause. Par exemple, un tiers, comme liquidateur amiable, à la veille d'une faillite et en période suspecte a fait des avances dans l'intérêt de la liquidation¹. Ou bien encore, un banquier a fait des avances au liquidateur judiciaire d'une société ultérieurement déclarée en état de faillite². La Cour suprême a admis que ces frais avaient le caractère privilégié de frais de justice. Dans un autre cas, ayant fait l'objet de l'arrêt de la Chambre civile du 10 mai 1887³, la Cour de cassation a fait bénéficier le créancier appauvri dans des conditions voisines, du privilège des frais faits pour la conservation de la chose. On voit ainsi sur le vif, l'application libérale que fait la Cour suprême de la notion de privilège des frais de justice et des frais faits pour la conservation de la chose, lorsque l'équité exige que le créancier dans la masse soit soustrait à la loi du dividende : par exemple, lorsque le groupement des créanciers antérieurs à la masse retire un avantage direct des actes d'appauvrissement du créancier. Cette jurisprudence qui méconnaît le principe que les privilèges sont de droit strict aurait pu parfaitement trouver sa base dans l'action d'enrichissement sans cause. Il n'est pas nécessaire, comme le font certains arrêts, d'invoquer une personnalité de la masse antérieure au jugement déclaratif⁴. Il suffit de dire que

1. Nantes, 28 mars 1903, *Jurisp. com. et marit. de Nantes* 1903.1.337.

2. Req., 1^{er} avril 1890 (2 arrêts), S. 90.1.513.

3. S. 87.1.200.

4. V. Nantes, 28 mars 1903, précité.

l'enrichissement seul crée la dette et que cet enrichissement peut résulter d'actes d'appauvrissement antérieurs à l'acquisition de la personnalité juridique par la masse.

Section IV. — Les fondations.

La matière des fondations est certainement celle pour laquelle le problème des personnes futures se pose de la façon la plus aiguë.

Le terme de fondation, rappelons-le, a deux sens. Dans un premier sens, il signifie l'acte par lequel une personne affecte tout ou partie de ses biens, à l'établissement d'une œuvre présentant un caractère d'utilité générale. Dans un second sens, et c'est celui que nous lui donnerons, il signifie l'œuvre ainsi créée, qui n'aura, d'ailleurs, la personnalité juridique qu'autant qu'elle aura été reconnue d'utilité publique par décret : d'où une antinomie en apparence insoluble, si l'on demeure dans le cadre des dispositions à titre gratuit : Comment le fondateur pourrait-il disposer de ses biens en faveur d'une personne juridique qui n'existe pas encore ?

Certes, lorsque la fondation est réalisée par voie directe du vivant du disposant, il n'y a pas de difficulté, puisque ce dernier est à même de maintenir son offre jusqu'au moment de la reconnaissance d'utilité publique. Mais il n'en est plus ainsi lorsque la fondation est créée par acte testamentaire, dans le cas, par exemple, où une personne lègue directement ses biens à une œuvre organisée pendant sa vie et qui ne jouit pas encore de la personnalité civile, ou à une œuvre nouvelle qu'elle veut fonder après sa mort.

La Jurisprudence civile prononce la nullité de ces legs¹ en se basant sur l'article 906, alinéa 2 du Code civil, même si l'œuvre gratifiée obtenait après le décès du disposant la reconnaissance d'utilité publique et l'autorisation administrative d'accepter le legs. A cet

1. V. les arrêts rendus en matière de dons et legs adressés à des associations non reconnues d'utilité publique.

égard, la Jurisprudence administrative est autrement libérale que la Jurisprudence civile.

Le Conseil d'Etat, en effet, ne craint pas de prendre deux décisions concomitantes, reconnaissant d'utilité publique la fondation et, lui conférant en même temps l'autorisation d'accepter le legs¹. Ainsi les apparences sont sauves. Mais encore n'entre-t-il dans cette voie qu'après entente avec les héritiers naturels du testateur, et lorsqu'il est certain que ceux-ci n'invoqueront pas en justice l'incapacité légale de l'association.

La Cour de cassation invoque ici les mêmes arguments qu'elle a admis en matière de dons et legs adressés à des associations non encore reconnues d'utilité publique.

C'est au moment du décès du testateur que se déterminent les droits de chacun à sa succession légitime ou testamentaire. L'acte postérieur de reconnaissance légale intervenu au profit des établissements institués légataires ne saurait rétroagir au jour du décès et priver les héritiers des droits qu'ils ont acquis par le fait même de ce décès.

Cette Jurisprudence a été critiquée par la Doctrine. MM. Colin et Capitant, notamment, ont soutenu avec raison que l'article 907, alinéa 2, ne concernait pas les personnes morales, que l'incapacité des non-conçus édictée par cet article s'expliquait uniquement par des considérations qui ne pouvaient viser que des personnes physiques². Il ne pouvait être permis à l'homme, être éphémère, d'imposer sa volonté à la suite des générations. L'article 906 se rattachait à une idée analogue à celle qui était à la base de la prohibition des substitutions.

Mais l'obstacle dressé par la Jurisprudence n'était qu'un obstacle de principe. Pour écarter les rigueurs de l'article 906, alinéa 2, on pouvait utiliser le procédé de

1. Conseil d'Etat, 30 juillet 1884, *Revue générale d'administration*, 1885, t. I, p. 75.

2. A. Colin, H. Capitant et Julliot de la Morandière, t. III, n° 916.

la création d'une société civile ordonnée par le testament¹.

La pratique juridique, utilisant les précédents de la Jurisprudence des parlements, a surtout répandu le procédé de la libéralité avec charge : car, dans le cadre de cette catégorie juridique spéciale, l'article 906 ne saurait jouer². Le testateur choisira comme légataire un particulier, en lui imposant la charge d'employer les biens légués à la fondation qu'il veut instituer. C'est sur la tête de ce légataire que reposera en attendant la propriété des biens affectés à la fondation. Le tiers devra avoir expressément la qualité de légataire. Si la mission de fonder était confiée à un simple exécuteur testamentaire, le legs serait nul, car il faut que quelqu'un soit propriétaire des biens affectés à la fondation tant que celle-ci n'est pas capable elle-même de posséder. Ainsi Edmond de Goncourt, qui voulait consacrer ses biens à la fondation d'une société littéraire composée de dix hommes de lettres avait, au début, désigné, dans son testament, deux exécuteurs testamentaires, Alphonse Daudet et Léon Hennique. Puis, « mieux conseillé », il les nomma par un codicille postérieur légataires universels. C'est ce qui permit à la Cour de Paris, dans son fameux arrêt du 1^{er} mars 1900³, de valider le testament de M. de Goncourt.

Le legs avec charge de fondation a été vivement critiqué par MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin⁴, qui ont soutenu que le particulier désigné par le testateur n'est pas un véritable légataire. Il convient de le considérer soit comme un simple exécuteur testamentaire, auquel cas le legs est nul, faute d'attributaire, soit

1. Civ., 12 décembre 1902, S. 1905.1.137. Cf. Paris, 3 mars 1936, S. 1936.2.134.

2. Req., 8 avril 1874, D. P. 1876.1.225; Civ., 5 juillet 1886, D. P. 86.1.465 (sol. impl.); Amiens, 16 février 1893, D. P. 94.2.67; Trib. civ. Seine, 3 août 1897 et Paris, 1^{er} mars 1900, S. 1905.2.78; Montpellier, 23 avril 1900 et Civ., 12 mai 1902, concl. de M. le proc. gén. Baudoin, D. P. 1902.1.425; Aix, 9 mars 1909, D. P. 1909.2.310.

3. S. 1905.2.78.

4. « Essais sur les fondations par testament », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1904, p. 253.

comme une personne interposée, auquel cas le legs est nul comme s'adressant, en réalité, à une personne non-conçue, et partant incapable.

Mais il est admis en Doctrine et en Jurisprudence, que ce qui caractérise le legs universel, ou à titre universel, c'est uniquement la vocation à l'universalité ou à une quote-part des biens composant la succession, et non la réalisation d'un bénéfice. Le fait qu'une personne est obligée d'affecter à l'accomplissement d'une charge ou au paiement de dettes successorales la totalité de son émolument (même s'il y a eu legs particulier), ne lui enlève pas la qualité de légataire.

Quant à l'article 911, on peut l'écarter, pour cette raison que ce qui est interdit par cet article, c'est de désigner un intermédiaire chargé de remettre les biens à l'incapable. Or, en cas de legs avec charge, l'établissement à fonder ne deviendra propriétaire que du jour où il sera capable. Jusque-là, la propriété résidera effectivement sur la tête du légataire.

Nous pensons, par conséquent, que la Jurisprudence consacrant la validité du legs avec charge de fondation adressé à un particulier doit être approuvée sans réserves, malgré le caractère certainement artificiel du procédé.

*
**

Mais l'évolution de la Jurisprudence accuse une tendance surprenante. Des décisions récentes semblent reconnaître la validité de ce que l'on pourrait appeler la « charge tacite », et laissent prévoir l'abandon à bref délai des thèses classiques concernant les fondations directes par testament. Comme témoins de cette tendance nous citerons quelques arrêts qui jalonnent la voie nouvelle dans laquelle paraît s'engager la Jurisprudence française.

Dans l'espèce ayant fait l'objet du jugement du Tribunal civil de la Seine, du 8 novembre 1923¹, le testateur, après divers legs, avait disposé que le reste de sa

1. *Gaz. Trib.* 1924.1.64. Décision commentée in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1924, p. 147.

fortune serait employé à établir à Paris un institut d'habitations gratuites ou à loyer réduit pour vieillards besogneux de plus de soixante ans. Le Tribunal de la Seine, à la date du 25 octobre 1911, avait prononcé la nullité de la disposition, à la demande des héritiers *ab intestat*, pour défaut de désignation d'un légataire capable. L'Assistance publique fit tierce opposition à ce jugement en soutenant qu'elle représentait les pauvres, bénéficiaires de la disposition : le legs devait donc lui être attribué. Le Tribunal fit droit à sa demande, en ne tenant pas compte, cependant, des volontés du testateur qui attribuait l'administration de la fondation à un comité de trois membres. Cette condition devenait illicite puisque le patrimoine de l'Assistance ne pouvait être géré que par les fonctionnaires chargés légalement de cette gestion.

Et, ce faisant, le Tribunal de la Seine s'arrêtait à mi-route puisque transformant la fondation directe en legs avec charge, elle se refusait cependant à imposer à la lettre la charge à l'Assistance publique. Cette charge était, en réalité, la création d'un institut indépendant avec son administration propre, pour lequel serait sollicitée en temps utile la reconnaissance d'utilité publique.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 1^{er} juillet 1926¹, est allé plus loin. Il s'agissait de savoir quelle valeur pouvait avoir une disposition testamentaire ainsi libellée : « En témoignage de mon affection pour la Banque de France, je dispose que le reste de mes biens soient consacrés à la construction et au capital d'entretien d'une fondation à Arcachon, destinée aux veuves et orphelins des employés de la Banque de France. Cette disposition s'appellera Fondation Kastrioti. »

De toute évidence, l'établissement à naître, bénéficiaire de ce legs universel, n'avait pas la personnalité juridique et était, dès lors, incapable de recevoir. La

1. D. H. 1926, p. 456, D. P. 1928.2.121, note R. Savatier, arrêt commenté in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1926, p. 1084.

Cour de Paris, cependant, usant de ce pouvoir souverain d'interprétation qui lui est reconnu par la Cour suprême, en matière de détermination des bénéficiaires véritables de dispositions testamentaires, décida que la fondation prévue au testament n'était autre qu'une charge imposée aux héritiers naturels. C'étaient eux et non l'être moral à venir qui devaient être considérés comme légataires universels.

Le commentateur de cet arrêt, dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, notera l'évolution de la Jurisprudence en ces termes : « Dès lors, il ne sera plus nécessaire que le testateur prenne les précautions, du reste purement formelles, imposées jadis à Edmond de Goucourt. La simple expression de sa volonté de fonder un établissement est efficace par elle-même. » Mais le commentateur de l'arrêt soulignera que cette décision fort libérale ne pouvait avoir qu'une portée limitée. » Il est douteux, a-t-il ajouté, que la charge imposée aux héritiers considérés comme des légataires puisse survivre à leur renonciation possible. »

Et, pourtant, ce doute n'est plus permis depuis un jugement du Tribunal civil de la Seine du 1^{er} février 1927¹ qui marque une étape décisive dans l'évolution de la Jurisprudence. Une testatrice avait institué trois légataires universels à charge de former entre eux, pour cinquante ans, au moins, une société civile à laquelle ils apporteraient la jouissance des immeubles successoraux. Un quart des revenus de cette société devait être affecté aux dépenses d'entretien de ces immeubles, et de la tombe de la testatrice, les trois autres quarts distribués à des œuvres s'occupant d'aveugles ou d'orphelins de guerre, œuvres à désigner par un avoué, lequel recevait de plus les fonctions d'exécuteur testamentaire et d'administrateur de la société.

Le Tribunal de la Seine, après avoir écarté la demande de nullité de la société envisagée, basée sur le fait que les revenus de cette société devaient être affectés à des buts désintéressés, en déclarant qu'il s'agissait,

1. *Gaz. Pal.* 1927.1.370; *Semaine Juridique*, 1927, p. 332; *D. P.* 1928.2.121. Décision commentée in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1927, p. 504.

en réalité, d'une association que les légataires devaient faire reconnaître d'utilité publique, se trouvait en présence d'une difficulté plus sérieuse. Les trois légataires universels avaient renoncé à la succession. L'héritage se trouvait ainsi dévolu aux successeurs *ab intestat* : la fondation ne tombait-elle pas du même coup ? Le Tribunal ne l'a pas admis. Il a maintenu pour les successeurs *ab intestat* la charge de remplir les intentions de la testatrice, en ce qui concerne la distribution du revenu de ses immeubles aux œuvres de guerre.

Ainsi, comme on l'a fait remarquer, le Tribunal de la Seine a maintenu la charge de fonder alors même que tombait le legs dont elle était l'accessoire. Au lieu d'être la charge d'un legs imposée à un légataire à titre d'obligation personnelle, la fondation devient une charge objective et directe de la succession : autant dire qu'elle constitue elle-même un legs. Le Tribunal a fourni, par voie d'interprétation des volontés de la testatrice, les moyens techniques qu'elle n'a pas songé à employer. Elle a considéré les héritiers *ab intestat* eux-mêmes, comme des légataires conditionnels, chargés, à défaut des légataires appelés en première ligne, de réaliser la charge de fonder.

Telle est la voie nouvelle, dans laquelle s'engage la Jurisprudence française. On voit l'extension très large donnée par elle à la catégorie juridique du legs avec charge. Le caractère artificiel de ces procédés est, il est vrai, évident, car seule la fondation directe par testament se trouve rendue possible, à l'exclusion de la fondation par actes entre vifs.



Certes, comme l'a écrit le Professeur Savatier, l'heure du Législateur est arrivée¹. Le projet préparé en 1906-1909 par la Société d'Etudes législatives² présente

1. Note sous Paris, 1^{er} juillet 1926, D. P. 1928.2.121.

2. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* : Réforme de la législation sur les fondations. Rapport préliminaire de M. Saleilles, 1906, p. 467 ; 1908, p. 357. Rapport de M. Larnaude, 1909, p. 26 et p. 285. Discussion, année 1909, *passim*.

l'avantage de bannir toutes ces constructions juridiques et de faire de la fondation un acte juridique spécial. Le projet permet de fonder une œuvre directement, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire. La personnalité juridique sera acquise à la fondation grâce à une simple déclaration analogue à celle qui est prescrite pour les associations par l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Toutefois, en raison du contrôle nécessaire de l'Etat, en la matière, la publicité légale ne pourra être faite qu'autant que la fondation aura été autorisée par un décret rendu en Conseil d'Etat. L'autorisation serait d'ailleurs de droit pour les fondations ayant pour objet la bienfaisance ou le développement des sciences et des arts. Les fondations ayant un objet autre que celui-là pourront attaquer devant le Conseil d'Etat le refus d'autorisation.

Il est certain que, dans cette législation nouvelle, l'approbation de l'Etat constituera une formalité de fonctionnement et non une formalité de constitution.

Paradoxe curieux : cette législation nouvelle est déjà en vigueur dans trois départements français. En effet, la loi du 1^{er} juin 1924 qui a introduit la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, a laissé en vigueur dans ces départements, les articles 80 à 88 du Code civil allemand et les articles 7, 7 *a*, 7 *b*, de la loi d'exécution de ce Code en Alsace-Lorraine, articles relatifs aux fondations et permettant de créer directement, sous réserve de l'approbation par décret, une fondation douée de la personnalité morale.

Mais la Société d'Etudes législatives a bien vu que son projet de 1906-1909 était trop ambitieux. Et elle a préparé, en 1929, sur le rapport de M. Demontès¹, un projet excellent qui pare au plus pressé, et dont s'est inspiré M. Marcel Plaisant, dans la proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau du Sénat². Cette proposition de

1. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1929, p. 147. Discussion, 1930, p. 29 et 154.

2. Sénat, *Documents parlementaires*, 1932, Annexe 8, p. 1.

loi qui a, comme nous l'avons vu plus haut, une portée très vaste puisqu'elle vise non seulement les fondations, mais encore les associations françaises et les personnes morales étrangères, est libellée en ces termes :

« L'article 906 du Code civil est complété ainsi qu'il suit : Les personnes morales sont capables de recevoir par testament, en se conformant aux lois spéciales qui les régissent, même si elles obtiennent la personnalité morale postérieurement à l'ouverture de la succession.

» Néanmoins, la demande en vue d'obtenir la personnalité morale doit être formée à peine de forclusion, dans le délai d'un an, à compter de la découverte du testament. »

M. Boivin-Champeaux, dans le rapport qu'il a déposé au Sénat au nom de la Commission de législation civile et criminelle, a adopté un texte légèrement différent¹ :

« Il peut être disposé, par testament, en faveur d'un établissement existant ou à créer sous la condition qu'il obtienne la reconnaissance d'utilité publique.

» Dans ce cas, la demande de reconnaissance doit être formée à peine de forclusion, par les administrateurs ou fondateurs de l'établissement dans le délai d'un an, à compter de la découverte du testament.

» La reconnaissance d'utilité publique prononcée sur la demande introduite dans les conditions ci-dessus rétroagit au jour du décès du testateur. »

Ce texte, que nous avons commenté plus haut, lorsque nous avons parlé des dons et legs adressés aux associations, consacre ainsi l'effet rétroactif de la reconnaissance d'utilité publique. Il serait souhaitable de le voir adopté au plus tôt par le Parlement.

Dans l'état actuel de la législation française, la fondation directe par testament, à moins d'y voir avec les décisions citées plus haut une charge tacite, pourrait être validée, si l'on faisait résulter la fondation, comme nous l'avons déjà dit, d'une véritable convention de Droit public entre le disposant ou ses héritiers, et l'Etat, donnant naissance à un être de Droit nouveau distinct des parties à la convention.

1. Sénat, *Documents parlementaires*, 1937, Annexe 375, p. 244.

APPENDICE I

REMARQUES SUR LES PERSONNES MORALES FUTURES EN DROIT COMPARÉ ET EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

§ 1. — LES SOCIÉTÉS EN DROIT COMPARÉ.

A) Angleterre.

Le droit anglais distingue sociétés de personnes (Partnership) et sociétés de capitaux (companies et corporations) ¹.

Les partnership se subdivisent en deux catégories : la partnership unlimited correspond à la société en nom collectif ; les associés sont responsables indéfiniment des dettes sociales. La partnership limited introduite en Angleterre par la loi du 28 août 1907 réunissant des « general partners » et des « limited partners » correspond à la société en commandite simple ; la responsabilité des limited partners se trouve limitée à leur apport.

Partnership unlimited et limited se forment par l'accord des associés. Pour les premières, la rédaction d'un écrit n'est même pas exigée. Quant aux secondes, si, aux termes de l'act du 28 août 1907, elles doivent être enregistrées, cet enregistrement n'est pas du moins une formalité de constitution : l'omission de cette formalité sera sanctionnée par la responsabilité indéfinie des limited partners.

1. *Répertoire général du Droit français Fuzier-Herman*, V° *Sociétés commerciales*, nos 6051-6103 ; *Supplément*, *ead. v°*, 6051-6058. — Camerlynck. « Les nouvelles lois anglaises de 1928 et 1929 sur les sociétés par actions », in *Annales de Droit commercial*, 1929, p. 305. — Streichenberger, *Sociétés anonymes de France et d'Angleterre*.

Les sociétés de capitaux (*companies limited by shares*) sont des Public ou des Private Companies suivant qu'elles se forment avec ou sans offre au public de souscrire des actions. Dans les deux cas, les fondateurs sont tenus d'établir dès le début un document dit « memorandum of association » où se trouvent donnés tous les renseignements relatifs à la société intéressant les tiers : siège social, capital social, etc... Il ne faut pas confondre ce memorandum avec les articles of association qui donnent les détails de l'organisation interne de la société. Le memorandum, signé par un certain nombre de fondateurs devra être déposé avec les articles of association chez le Registrar of joint Stock Companies, qui délivrera un certificat d'incorporation. Lors du dépôt, une déclaration solennelle devra être faite (*statutory declaration*) par un sollicitor près la Cour suprême, ou une personne désignée dans les statuts comme administrateur, attestant qu'il a été satisfait aux prescriptions de la loi sur les sociétés. Cette déclaration ne privera pas le Registrar du droit de procéder à une enquête personnelle, s'il a des doutes sur son exactitude.

Antérieurement à l'accomplissement de cette formalité, la société par actions n'existe pas, et si elle a fonctionné en fait, les tribunaux ordonneront sa liquidation en respectant les droits acquis par les tiers.

Par l'enregistrement du memorandum et des statuts, la Private Company est définitivement créée : elle peut commencer aussitôt les opérations sociales. A partir de ce moment, toute demande en nullité de la société pour irrégularité commise dans sa formation devient irrecevable. Mais il n'en est pas de même pour la Public Company. Le certificat d'incorporation marque simplement l'ouverture de la première phase de la constitution de la société, au cours de laquelle celle-ci devra recruter le capital social. Mais dès la délivrance de ce certificat, la société jouit de la capacité nécessaire pour procéder à ces formalités constitutives et de la personnalité morale. Au nom de la société, fondateurs et administrateurs recruteront le capital social après émission d'un pros-

pectus de placement contenant une série de mentions dont la liste est donnée dans le Companies Act du 10 mai 1929. La société peut s'engager provisoirement, passer des contrats conditionnels. Mais elle ne pourra fonctionner ni contracter des emprunts tant qu'elle ne sera pas assurée de la souscription du nombre minimum d'actions fixé par les statuts, et du versement de 5 % au moins du capital nominal de chaque titre. La loi frappe d'une amende maximum de 50 livres par jour de retard les administrateurs en contravention avec ces dispositions. Signalons, à cet égard, qu'aux termes de l'article 85, § 4 de l'act de 1908 dont les dispositions ont été reproduites dans l'act de 1929, si les versements n'ont pas été effectués dans les quarante jours à dater de la première publication du prospectus, les souscripteurs qui se sont déjà acquittés entre les mains des administrateurs sont en droit de leur réclamer le remboursement des sommes payées avec intérêts de 5 % à partir du 48^e jour. Le Droit anglais a ainsi institué une durée légale de la période constitutive.

Lorsque la souscription intégrale du capital social aura été réalisée, qu'un administrateur délégué en aura certifié au Registrar la sincérité, par une déclaration solennelle, et aura obtenu la délivrance d'un second certificat, la public company pourra commencer les opérations sociales. A partir de ce moment, la société est définitivement constituée ; les contrats passés sous la condition suspensive de la constitution de la société sont validés.

Certes, l'act de 1908 exige en outre dans le délai maximum de trois mois et minimum de un mois la réunion d'une assemblée générale statutaire (statutory meeting) qui doit être convoquée à l'effet d'approuver la désignation des administrateurs. Mais l'inobservation de cette formalité sera simplement sanctionnée par la dissolution anticipée de la société, avec toutefois faculté d'appréciation pour la Cour. En effet, l'article 65, alinéa 8 de l'act de 1908 décide qu'à défaut de convocation de l'assemblée statutaire dans les délais légaux et quinze jours

après le dernier jour où l'assemblée aurait dû être tenue, tout actionnaire peut demander à la Cour la liquidation de la société. L'act de 1929 qui a codifié tous les textes relatifs aux public companies n'a pas innové sur tous ces points.

Signalons pour terminer qu'à côté des companies enregistrées, il existe des companies incorporées, en vertu d'un act particulier du Parlement ou d'un décret royal.

B) *Allemagne.*

Le droit allemand distingue également sociétés de capitaux (société anonyme : Aktiengesellschaft ; société en commandite par actions : Kommanditgesellschaft auf Aktien; société à responsabilité limitée : Gesellschaft mit beschraenkter Haftung) et sociétés de personnes civiles ou commerciales (société du droit civil ; société en nom collectif : Offen-handelsgesellschaft ; société d'armement collectif de navires : Reederei).

Ces sociétés de personnes n'ont pas la personnalité juridique. Elles sont soumises au régime de la propriété en main commune et se forment par le simple accord des associés. Sociétés en nom collectif et sociétés en commandite doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrites au registre du commerce. Le défaut d'inscription est sanctionné par l'inopposabilité, non par la nullité. Mais la simple sanction de l'inopposabilité est suffisante pour permettre d'affirmer que l'inscription est une formalité constitutive : qu'est-ce qu'en effet un être de droit dont l'existence n'est pas opposable aux tiers ?

Le droit des sociétés par actions a été récemment codifié par la loi du 30 janvier 1937 qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1937¹. La première formalité à remplir aux termes de l'article 182 du H. G. B. est la confection des statuts (Gesellschaftsvertrag) par les fondateurs au

1. V. G. Dietz, « La nouvelle législation allemande sur les sociétés par actions », in *Journal du Droit international privé*, 1937, p. 265.

nombre de cinq au minimum, et leur rédaction par acte notarié. Le capital social ne peut être inférieur à 500.000 reichsmarks. Les souscriptions doivent être passées par écrit et mentionner la date et les conditions essentielles de l'acte social.

La société n'aura la personnalité morale qu'à dater de son inscription au registre du commerce (Eintragung). Cette inscription est effectuée par le juge du registre à la suite d'une notification (Anmeldung) faite par les fondateurs, les membres de la Direction (Vorstand) ou du Conseil de surveillance (Aufsichtsrat). Le juge du registre après avoir consigné les dispositions essentielles des statuts s'assurera que les formalités légales ont été observées, savoir : rédaction des statuts sous forme judiciaire et notariée par un nombre minimum de fondateurs. Il recherchera d'autre part si le rapport sur la constitution rédigé par la direction constate l'accomplissement des autres formalités légales : souscription intégrale du capital, versement obligatoire du quart du montant de chaque action. Il faut signaler également l'institution de « contrôleurs de la constitution », datant d'ailleurs de l'ordonnance du Président du Reich de septembre 1931, mais dont les pouvoirs ont été précisés par la loi du 30 janvier 1937. L'inscription efface les vices non essentiels, mais laisse subsister l'action en nullité si certaines conditions essentielles figurant à l'article 182, alinéa 2, ne sont pas remplies.

Avant l'inscription, la société n'a pas de personnalité morale. L'article 209, alinéa 2, du H. G. B. déclare nulle l'émission d'actions ou de certificats provisoires faite au nom d'une société non incorporée et l'article 200, alinéa 2, prohibe la cession de ces titres. Les émetteurs doivent aux porteurs des titres réparation du préjudice que l'émission leur a causé. L'incorporation ultérieure ne rend pas ces actes valables, à moins de confirmation par la société de l'émission irrégulière.

Si la société a fonctionné avant son inscription, elle ne peut être annulée en tant que telle. Il faudra la considérer selon certains auteurs comme une société en nom

collectif, selon d'autres comme une société de fondation, ou comme une simple société civile. Les fondateurs et les administrateurs qui auront agi au nom de la société non incorporée seront responsables dans les conditions prévues à l'article 200 du H. G. B. envers les tiers, même si ces derniers ont eu connaissance de la non-incorporation de la société.

Si les fondateurs ont passé un acte juridique au nom de la société sous la condition de son existence future et de sa ratification, les effets de l'acte sont suspendus jusqu'à la constitution du groupement ou au vote de l'assemblée générale. Si la condition ne se réalise pas, l'acte juridique ne produira aucun effet. Les fondateurs ne seront pas personnellement responsables de l'inexécution des obligations mises à la charge de la société par la convention, à moins qu'ils se soient portés garants de la constitution ou de la ratification.

C) Suisse ¹.

Le Code fédéral des obligations de 1881, révisé lors de la promulgation du Code civil suisse, distingue également les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Les sociétés de personnes (société civile, société en nom collectif ou en commandite) n'ont pas le caractère de personnes morales. Il faut leur appliquer le régime de la propriété en main commune. Dans ses rapports avec les tiers, aux termes de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la société en nom collectif ou en commandite simple constitue un groupement particulier de droits et d'obligations, comme une unité de biens distincte des biens particuliers des associés.

Sociétés en nom collectif et société en commandite se forment par le seul accord des associés. Elles doivent

1. *Répertoire général du Droit français Fuzier-Herman*, V° *Sociétés commerciales*, n°s 6447 à 6477; *Supplément*, eod. v°, n°s 6447-6448. — Cf. Lescot, « *Projet de révision du Code fédéral des obligations* », *Annales de Droit commercial*, 1924, p. 232.

être inscrites au registre du commerce, mais le défaut d'inscription n'est pas sanctionné par l'inexistence de la société. L'article 864, alinéa 2, du Code des obligations met simplement à la charge des associés tenus de veiller à l'accomplissement de cette formalité une amende.

Les sociétés de capitaux (sociétés en commandite par actions ; sociétés anonymes et sociétés coopératives) acquièrent la personnalité morale par l'inscription au registre du commerce. Leur création est précédée d'une période constitutive, nécessaire à la souscription du capital social. Une déclaration écrite, se référant aux statuts et au prospectus du placement rédigés par les fondateurs, est requise pour la validité des souscriptions d'actions (art. 615, al. 2, du Code fédéral). Les statuts ne deviennent définitifs qu'après avoir été adoptés par l'assemblée constitutive (art. 618 du Code fédéral).

L'inscription au registre du commerce a un effet confirmatif absolu, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, critiquée d'ailleurs sur ce point par la doctrine. Une décision du Tribunal fédéral du 14 septembre 1889 a jugé qu'en dépit du manquement à la règle légale, l'acte formel d'inscription sort son effet, que la société acquiert par là-même une personnalité régulière, et que le vice est réparé par l'inscription¹.

La société ne peut fonctionner qu'après cette inscription. Toutefois, les fondateurs ont pu s'obliger personnellement soit en contractant en leur nom propre, mais sous condition de constitution de la société, soit en agissant prématurément au nom de la société. Dans ces hypothèses, l'article 623, alinéa 3, dispose que si la société assume les obligations contractées par les fondateurs dans les trois mois à dater de son inscription sur le registre du commerce, les fondateurs sont valablement déchargés et le créancier est tenu de reconnaître la société comme son seul débiteur.

1. Wiedemann, *Beitrage zur Lehre von der idealen Verein*, § 22.

§ 2. — LA CONDITION DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN FRANCE.

Nous terminerons ces indications sur la période constitutive des sociétés étrangères en rappelant qu'aux termes de la loi du 30 mai 1857, les sociétés anonymes étrangères ne peuvent fonctionner en France que si elles peuvent se prévaloir d'un décret général d'autorisation, décret délivré *in globo* à toutes les sociétés similaires d'un même pays, préalablement autorisées par le Gouvernement de l'Etat auquel elles ressortissent. Le régime de l'autorisation ayant été remplacé en France et dans la plupart des autres pays par un système de réglementation, il est admis aujourd'hui que pourront être autorisées par décret du Gouvernement français les sociétés qui se sont conformées aux formalités constitutives édictées par le pays dont elles réclament la nationalité.

On sait qu'en fait la plupart des Etats européens et les Etats-Unis d'Amérique ont bénéficié de décrets de cette nature et aucun n'a été rapporté. L'autorisation nécessaire pour que les sociétés anonymes étrangères soient reconnues en France a été pour certains pays accordée par un traité diplomatique ¹.

Les sociétés anonymes étrangères appartenant à des Etats au bénéfice desquels n'est intervenu aucun décret général d'autorisation du Gouvernement français et qui ne pourraient se prévaloir d'aucun traité diplomatique susceptible de produire les mêmes effets qu'un décret sont dépourvues en France de toute existence légale ². On peut donc dire qu'en attendant le décret général d'autorisation, ces sociétés *sont de véritables personnes morales futures du droit international privé*. Le décret d'autorisation aura d'ailleurs un effet rétroactif sous réserve des droits acquis par les tiers.

Ces sociétés non reconnues en France étant douées néanmoins d'une existence de fait pourront cependant

1. J.-P. Niboyet, *Manuel de Droit intern. privé*, n^{os} 311 et suiv.

2. Paris, 22 décembre 1892, D. P. 93.2.157.

figurer en justice comme défenderesses¹, soit à une poursuite individuelle, soit à une demande en déclaration de faillite.

Signalons enfin que les sociétés étrangères en nom collectif ou en commandite simple régulièrement constituées suivant les lois de leur pays d'origine sont de plano dotées en France de l'existence légale. Ces sociétés sont, en effet, des sociétés de personnes et comme telles, elles ont les mêmes droits en France que les personnes physiques étrangères².

§ 3. — LES ASSOCIATIONS EN DROIT COMPARÉ.

A) Angleterre.

Il n'y a point de distinction nette entre les associations et les sociétés. Les Companies Acts par exemple s'appliquent aux unes et aux autres. Certaines associations sont régies par des statuts spéciaux (Building Societies Act de 1874 ; Industrial and Provident Societies Act de 1873).

L'association devra pour acquérir la personnalité morale procéder au dépôt et à l'enregistrement des statuts. Aux termes de l'act de 1908, article 20, alinéa 1^{er}, le Board of Trade peut autoriser la Company à but non lucratif (associations not for profit) ayant un objet commercial, artistique, religieux ou charitable à être enregistrée sous la forme limitée sans que la mention sociale de la Company comporte la mention limited.

B) Allemagne.

L'association, c'est-à-dire la corporation à but idéal, doit pour acquérir la personnalité morale procéder à une publicité légale : l'inscription au registre. Elle doit réunir sept membres au moment de son inscription et trois au minimum dans le cours de son existence. Ce chiffre de trois s'explique aisément : il faut trois membres au

1. Paris, 12 juin 1903, D. P. 1904.2.156.

2. Répertoire général du Droit français Fuzier-Herman, V^o Sociétés commerciales, n^o 6499.

moins pour qu'une majorité puisse se former au sein de l'association, et prendre des décisions, par lesquelles s'exprimera la volonté de l'être moral. Les associés doivent arrêter dans les statuts les détails de l'organisation interne de l'association, procéder à la nomination d'un représentant (Vorstand), déterminer la raison sociale et le siège de l'association, déposer la requête à fin d'inscription (Anmeldung).

L'inscription est une formalité constitutive; elle marque seule la naissance de l'être de droit nouveau. C'est une formalité nécessaire mais non suffisante. Wiedemann écrira que « l'inscription est une simple condition *« sine qua non »* pour l'entrée en scène du sujet de droit et non sa *« causa efficiens »*. L'association au moment de l'inscription devra posséder ses organes propres, lui permettant dans ses rapports avec les tiers d'avoir une volonté et de pouvoir l'exprimer ».

C) Suisse.

La législation suisse en la matière est des plus libérales. L'article 60 de la loi de 1867 dispose que « les associations politiques religieuses scientifiques artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique, acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement ». Les associations jouiront de la personnalité morale dès qu'elles auront été dotées par les fondateurs des organes nécessaires à la réalisation et à l'expression d'une volonté collective. Le Tribunal fédéral suisse a fait tout récemment encore application de ces principes¹.

Il est à signaler que l'article 716 du Code fédéral des obligations exigeait au contraire dans tous les cas l'inscription au registre du commerce.

1. V. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 926.

§ 4. — LES FONDATIONS EN DROIT COMPARÉ.

A) *Angleterre.*

Dans la législation anglaise, le droit de fonder est réglementé. Certes, l'acte constitutif suffit à donner l'existence à la fondation (*charity*) qui fonctionne alors sous la forme d'un *trust*. Mais le Gouvernement a le droit d'apprécier si les intentions poursuivies par le fondateur sont conformes à l'intérêt public. L'œuvre doit, à cet égard, rentrer dans l'une de ces catégories de *charities* déterminées par le *Mortmain and Charitable uses Act* (section 13, § 2). Cet acte reproduit dans une large mesure les dispositions du statut de la Reine Elisabeth de 1601.

B) *Allemagne*

Le Code civil allemand admet la fondation directe résultant de la seule volonté du fondateur. Mais il a consacré dans une large mesure le droit de surveillance de l'autorité publique. Aux termes de l'article 80 du B. G. B., les fondations doivent être approuvées par le Gouvernement de l'Etat (*Land*) dans le territoire duquel elles ont leur siège, ou si le siège de la fondation se trouve à l'étranger, par le Gouvernement du Reich.

C) *Suisse.*

Le Code civil suisse (art. 81) exige pour l'acquisition par la fondation de la personnalité juridique une simple formalité de publicité, l'inscription au registre du commerce. Dans la législation suisse, comme dans la législation allemande, la manifestation de volonté du disposant-fondateur a déjà une valeur créatrice. L'autorisation donnée par la puissance publique ou la publicité légale ne sont que la dernière des formalités constitutives.

§ 5. — LA CONDITION DES ASSOCIATIONS ET DES FONDATIONS ÉTRANGÈRES EN FRANCE.

Nous terminerons ces explications sur la période constitutive des associations et des fondations étrangères en examinant brièvement la condition des personnes morales étrangères en France.

Sans porter atteinte à l'ordre public français, on peut admettre en France la personnalité juridique *de plano* des associations et fondations étrangères, régulièrement constituées conformément à leur loi nationale ¹.

Mais, en revanche, leur capacité de recevoir des dons en ce qui concerne des biens réellement ou fictivement situés en France implique, en principe, la nécessité d'une reconnaissance d'utilité publique *préalable*, à défaut de laquelle la personne morale étrangère ne peut qu'être assimilée sous le rapport spécial de recevoir des dons et legs, à l'individu non conçu, incapable de recevoir aux termes de l'article 906 du Code civil ². Une personne morale étrangère ne saurait donc jouir en France de droits que les personnes morales de même espèce ne possèdent pas.

Cette nécessité de la reconnaissance d'utilité publique *préalable* est, à certains égards, critiquable, car l'association étrangère ne demandera précisément la reconnaissance d'utilité publique que si une libéralité lui a été adressée.

Le projet adopté par la Société d'Etudes législatives, en 1929 ³, qui tend à attribuer un effet rétroactif à la reconnaissance d'utilité publique, a été, sur les observations de M. Niboyet, rédigé en termes suffisamment lar-

1. *Répertoire de Droit international*, V° Personnes morales, n°s 61-62.

2. *Répertoire de Droit international*, *cod. v°*, n° 114. En ce sens : Aff. de l'International Peace Association, Paris, 18 février 1909, D. P. 1909.2.273, et sur pourvoi, Cass., 7 février 1912, S. 1914.1.305 et note Louis Huguency.

3. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1929, p. 147. Discussion, 1930, p. 29 et 154.

ges pour englober également la reconnaissance d'utilité publique des associations et fondations étrangères.

Nous avons parlé plus haut de la proposition de loi déposée au Sénat par M. Plaisant qui s'est inspiré de ce projet¹. Nous avons vu également les modifications apportées au texte de M. Plaisant par M. Boivin-Champeaux, dans le rapport qu'il a déposé au Sénat, au nom de la Commission de Législation civile et criminelle².

Cependant, devançant les innovations législatives, la Jurisprudence française est en train d'évoluer sur ce point dans un sens très libéral. Elle tend à admettre que la capacité, en France, des personnes morales étrangères, en matière de dons et legs, est régie par leur loi nationale³. La reconnaissance d'utilité publique n'est plus exigée que des personnes morales étrangères qui, dans leur pays d'origine, sont incapables de recevoir des dons et legs.

Toutes restent néanmoins soumises à la nécessité de l'autorisation prévue par l'article 910 du Code civ I⁴.

D'autre part, dans la pratique administrative, le décret d'autorisation ne se prononce même plus sur la reconnaissance d'utilité publique⁵. A vrai dire, cette dernière formalité ferait double emploi avec l'autre. La simple autorisation permet un contrôle suffisant de la part de l'Etat français.

1. Sénat, *Documents parlementaires*, 1932, Annexe 18, p. 1.

2. Sénat, *Documents parlementaires*, 1937, Annexe 375, p. 244.

3. Aff. Héritiers Romaguéra c. Trust Anglo-Espagnol, Paris, 21 juin 1935, S. 1936.2.1, et la note de M. J. P. Niboyet, réformant un jugement du Trib. civ. de la Seine, 5 juin 1929, *Rev. de Droit int. privé*, 1929, p. 494, et la note de M. J.-P. Niboyet. *Adde* : Trib. civ. Seine, 14 novembre 1936, D. P. 1937.2.33 et la note Henri Lalou.

4. Trib. civ. de la Seine, 14 novembre 1936, D. P. 1937.2.33.

5. V. décret du 16 décembre 1936, autorisant le Metropolitan Museum de New-York à recueillir un legs de divers objets d'art se trouvant en France, *Revue critique de Droit international*, 1937, p. 313.

APPENDICE II

LA RÉFORME DE L'ARTICLE 906 DU CODE CIVIL

Dans sa séance du 22 mars 1938, le Sénat, sur le rapport de M. Boivin-Champeaux ¹, a adopté la proposition de loi de M. Marcel Plaisant ², tendant à compléter l'article 906 du Code civil, pour assurer la capacité des personnes morales de recevoir à titre gratuit. Cette proposition de loi s'inspirait largement du projet adopté par la Société d'Études législatives ³.

Après une discussion parlementaire d'une tenue juridique remarquable ⁴, le Sénat a adopté le texte suivant qui diffère assez du texte adopté par la Commission de Législation civile et criminelle du Sénat :

« Article unique :

» L'article 906 du Code civil est complété ainsi qu'il suit :

» Il peut être disposé par testament en faveur d'un établissement existant ou à créer, sous la condition qu'il obtienne la reconnaissance d'utilité publique.

» Dans ce cas, la demande de reconnaissance doit être formée à peine de nullité du legs par les administrateurs ou fondateurs de l'établissement dans le délai d'un an à compter du jour où la succession étant ouverte, ils auront été avisés des dispositions les concernant par le notaire, dépositaire ou détenteur du testament.

1. Sénat, Doc. Parl. 1937, Annexe 375, p. 244.

2. Sénat, Doc. Parl. 1932, Annexe 8, p. 1.

3. *Bulletin de la Soc. d'Et. Lég.* 1929 p. 147. Discus. 29,154

4. Sénat. Débats Parlementaires. Mars 1938, p. 360-362.

» La reconnaissance d'utilité publique prononcée sur la demande ainsi introduite rétroagit au jour du décès du testateur.

» Il peut être également disposé en faveur d'un établissement existant ou à créer par voie de charge apposée à un legs. Dans ce cas, la demande de reconnaissance d'utilité publique devra à peine de nullité du legs être formée dans le délai d'un an à compter du jour indiqué ci-dessus. »

Ce texte nouveau, qui sera voté incessamment par la Chambre des députés appelle plusieurs observations.

1° Le point de départ du délai d'un an, fixé par la proposition de loi a été utilement précisé. Celle-ci indiquait simplement que le délai courait à partir de la découverte du testament. Le texte définitif indique, comme point de départ, le jour où, la succession étant ouverte, les administrateurs ou fondateurs de l'établissement auront été avisés des dispositions les concernant par le notaire, dépositaire ou détenteur du testament. Il est certain que la loi met ici à la charge du notaire une obligation précise dont l'inobservation engagerait sa responsabilité ;

2° Le Sénat, grâce à l'heureuse intervention de M. Boivin-Champeaux, a su éviter toute scission dans le droit des fondations, en impartissant le délai d'un an pour introduire la demande de reconnaissance d'utilité publique, même lorsque l'établissement a été gratifié par voie de *charge* apposée à un legs ;

3° Lorsque cette proposition de loi sera adoptée par la Chambre des députés, on pourra affirmer que le Droit positif français s'oriente vers l'institution d'une durée légale de la période constitutive des personnes morales de Droit privé. Elle sera de six mois pour les sociétés par actions (décret du 31 août 1937) et d'un an pour les établissements d'utilité publique à la condition toutefois que l'autorité administrative se prononce aussitôt sur la demande de reconnaissance ;

4° Le texte nouveau marque bien que l'effet rétroactif joue seulement dans le cas où le legs est adressé directement à l'établissement. S'il s'agit, au contraire, d'une

charge apposée à un legs, l'effet rétroactif au jour du décès du testateur ne se posera pas : il n'y aura de transmission des biens qu'au jour où le légataire désigné exécutera la charge qui lui a été imposée.

La nuance a été remarquée avec beaucoup de finesse par M. Boivin-Champeaux, rapporteur de la proposition de loi. M. le garde des Sceaux Rucart avait demandé que le 4^e alinéa de la proposition de loi, concernant l'effet rétroactif, fût reporté à la fin du texte. Le rapporteur a fait alors prévaloir sa manière de voir en insistant pour que le quatrième alinéa reste à sa place, car il ne pouvait concerner le cas de libéralité par voie de charge, envisagé dans l'alinéa 5.

Une seule critique cependant. L'alinéa 5 de la proposition de loi dans sa rédaction : « Il peut, etc... » pourrait faire croire que la validité de la libéralité adressée à une personne morale future par voie de charge apposée à un legs constitue une innovation législative. Une rédaction légèrement différente aurait permis de laisser entendre que ce texte nouveau ne faisait que consacrer le Droit jurisprudentiel antérieur. Mais cette imperfection est vénielle et ne dépare nullement le beau travail accompli par la Haute Assemblée.

DEUXIÈME PARTIE

Les personnes morales futures du Droit public et du Droit international public

Nous étudierons, dans un premier titre, la création des sujets du Droit public interne, tels que l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics. Dans un second titre, nous envisagerons le problème de la naissance des personnes du Droit international public, des Etats, principalement.

Cette subdivision, qui nous permettra d'analyser la conditions des diverses catégories de personnes futures du Droit public, s'explique aisément. Le Droit public interne nous met en présence d'une souveraineté unique, celle de l'Etat, dont les limites sont celles qu'elle s'est volontairement données. C'est, au fond, le seul sujet du Droit public interne, puisque c'est à lui et aux lois qu'il édicte que les autres personnes morales du Droit public interne doivent leur existence, à laquelle il peut mettre fin quand il le jugera nécessaire.

Le Droit international public, dont les principaux sujets sont les Etats, nous met en présence d'une pluralité de souverainetés, qui doivent, en principe, leur personnalité, non à la volonté conforme des autres Etats, mais à leur existence autonome.

TITRE PREMIER

LES PERSONNES MORALES FUTURES DU DROIT PUBLIC INTERNE

La détermination de ces personnes est aisée dès l'abord. Sont des personnes du Droit public interne, l'Etat, au premier chef, et, ensuite, les services publics dotés par l'Etat d'une personnalité propre, et qui sont de deux sortes : les services territoriaux d'une part et les services spéciaux d'autre part. Les services publics territoriaux tendent à la satisfaction des intérêts collectifs et permanents de la population présente et future établie sur des fractions déterminées du territoire de l'Etat. Les services spéciaux ont un cercle d'action plus ou moins vaste : ils s'adressent, non à tous les habitants d'une circonscription administrative déterminée ou du territoire national, mais, d'une manière immédiate, à une catégorie spéciale d'entre eux.

Nous envisagerons, dans un premier chapitre, le problème de la naissance de l'Etat, en Droit public interne, dans un second chapitre nous étudierons la création des personnes territoriales. Un dernier chapitre sera consacré à l'examen des règles qui président à la création des services publics spéciaux.

CHAPITRE PREMIER

L'ETAT. PERSONNE FUTURE

Il convient d'examiner successivement la notion de personnalité de l'Etat, et, ensuite, d'aborder le problème de la naissance de l'Etat.

§ 1. — LA PERSONNALITÉ DE L'ETAT.

Un Etat suppose une collectivité vivant sur un territoire aux limites déterminées et gouvernée par des organes autonomes. La Papauté de 1870 aux Accords de Latran était bien un sujet du Droit international public, mais elle ne constituait pas un Etat, puisqu'elle ne possédait pas de territoire. Les Accords de Latran ont remis au rang des Etats la Cité du Vatican. La notion d'Etat est évidemment distincte de celle de gouvernement. Le gouvernement d'un Etat, c'est l'ensemble des organes chargés de l'exercice de la souveraineté sur le territoire national.

On s'accorde à reconnaître que l'Etat jouit de la personnalité juridique. Cette personnalité lui confère des pouvoirs qui ressortissent du Droit privé, et surtout des prérogatives de puissance publique. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de concevoir un dédoublement de la personnalité de l'Etat, suivant que l'on envisage l'Etat, puissance publique et l'Etat, personne morale de Droit privé. Nous sommes en présence d'un seul et même être qui peut agir sur la scène du Droit en des qualités différentes.

La personnalité de l'Etat est-elle fondée sur une fiction, ainsi qu'on l'a prétendu ? M. Ducrocq l'a soutenu en disant que cette personnalité reposait sur une fiction légale¹ : l'Etat se trouvait assimilé à une personne physique douée de la vie naturelle par des dispositions nombreuses des différents codes et des lois codifiées. Mais cette thèse contient une contradiction interne. La personnalité civile de l'Etat ne peut résulter de la loi pour cette raison majeure que l'on ne peut se donner l'être à soi-même.

Quant à nous, nous pensons qu'en Droit interne la personnalité de l'Etat repose sur son existence de fait². L'Etat, personne morale, apparaît quand une collectivité vivant sur un territoire aux limites déterminées est gouvernée par des organes autonomes. Le fait donne naissance au droit. De la même façon, au point de vue du Droit public interne, le gouvernement de fait est le gouvernement de droit. Peu importent les circonstances plus ou moins légales dans lesquelles l'Etat a pris naissance et le gouvernement s'est emparé du pouvoir.

Quel serait l'organisme capable d'apprécier en Droit public interne la légalité de la constitution des Etats ou des gouvernements ? Dans le Droit constitutionnel des peuples, certaines institutions ont justement pour but d'introduire plus de légalité dans cet ordre juridique : ce sont les plébiscites et les règles du régime démocratique.

Pourquoi nous attachons-nous à l'existence de fait ? C'est qu'elle traduit la présence d'un intérêt collectif, l'intérêt national, dont la protection a été organisée. L'Etat est l'expression juridique de la nation. Il n'en faut pas plus pour parler de personnalité.

La notion de *souveraineté* apparaîtra quand l'Etat-Personne exercera les prérogatives de la puissance

1. Ducrocq, « De la personnalité civile de l'Etat d'après les lois civiles et administratives de la France », *Revue générale du Droit*, t. XVIII, 1894, p. 101.

2. V. Léon Michoud et Louis Troabas, *Théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 304.

publique, c'est-à-dire de la puissance de commander aux citoyens. Cette souveraineté sera exercée par l'organe des « gouvernants », dont les pouvoirs ne seront légitimes que dans la mesure où ils seront conformes à la volonté nationale. Il est vrai, d'ailleurs, que le caractère illégal des pouvoirs imposés par la force n'est que passer. Les gouvernants ne sont pas les seuls organes de l'Etat, personne morale, les gouvernés ont également une fonction politique. Les rapports entre les uns et les autres sont régis par le Droit objectif dont les règles peuvent faire croire parfois à l'existence de droits subjectifs. On parle, par exemple, d'un *droit* de vote appartenant aux gouvernés. Il n'y a, en réalité, qu'un *devoir* de vote, qui ne saurait être méconnu ni par les citoyens, ni par les gouvernants, et qui fait qu'en un certain sens on peut parler d'un droit de vote pour les gouvernés.

Ainsi, la personnalité de l'Etat est une et indivisible. C'est dire que nous écartons les thèses qui tendent à faire de l'Etat la simple résultante des divers services publics nationaux. L'Etat peut attribuer à certains services publics une personnalité distincte sans que sa personnalité disparaisse pour cela. On ne doit, d'ailleurs, parler de personnalité distincte qu'à bon escient. Ainsi, on ne saurait soutenir que les divers départements ministériels ont une personnalité propre indépendante de celle de l'Etat : ce sont, en effet, des *organes* de l'Etat, dont ils font partie intégrante, au même titre que les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire en qui on a voulu voir, à tort selon nous, autant de personnes juridiques distinctes.

§ 2. — LA NAISSANCE DE L'ETAT.

Dans cette section, ce problème sera envisagé exclusivement du point de vue du Droit public interne. Nous l'aborderons dans toute son ampleur lorsque nous passerons à l'examen de cette question en Droit international public.

L'Etat, avons-nous dit, apparaît quand une collectivité vivant sur un territoire aux limites déterminées, est gouvernée par des organes autonomes, et nous avons défini le gouvernement, l'ensemble des organes chargés de l'exercice de la souveraineté sur le territoire national.

Il y aura *Etat futur* lorsqu'on sera en présence d'une collectivité ne possédant pas encore de territoire aux limites déterminées ou non encore gouvernée par des organes autonomes. Il y aura *gouvernement futur* lorsqu'on se trouvera en présence d'organes politiques n'ayant pas encore l'exercice de la souveraineté sur le territoire national. L'on devine aisément les circonstances dans lesquelles des faits politiques et juridiques de cette nature se produiront. Par exemple, une sécession violente se produit dans le sein d'un Etat : une province ou une colonie se soulève pour conquérir son indépendance ; un gouvernement provisoire insurgé se forme. Si l'insurrection avorte, les actes accomplis par les insurgés seront vraisemblablement déclarés nuls et illégaux par le gouvernement légal, sous réserve du maintien probable de certains actes d'administration courante.

Si l'insurrection triomphe, le gouvernement vainqueur de l'Etat nouveau se considérera naturellement comme un gouvernement *de jure*. Aucun doute n'est possible pour les actes de ce gouvernement accomplis après son triomphe définitif. Mais quelle est la valeur, aux yeux du juge interne, des actes accomplis par le gouvernement vainqueur, alors que la lutte durait encore ? Les autorités politiques peuvent avoir donné une réponse expresse à la question : dans ce cas, le juge n'aura qu'à s'y conformer. Ainsi, après la guerre de l'Indépendance, les Etats-Unis ont reconnu formellement les dettes contractées par eux au cours de la guerre. L'Etat mexicain n'a jamais contesté la validité des contrats conclus en 1816 par le gouvernement du Général Herrera.

Mais si les pouvoirs publics ont gardé le silence, la question devient plus délicate. *Quid*, par exemple, des lois promulguées par le gouvernement vainqueur, au cours des hostilités. Le juge ne sera nullement obligé de

s'adresser à son gouvernement, pour lui demander de reconnaître formellement les actes accomplis avant le succès final. Ici encore, nous ferons appel à des précédents américains. Après la guerre de l'Indépendance, a été soumise aux juridictions des Etats-Unis la question de savoir à partir de quelle date les Etats de l'Union fédérale avaient pu valablement légiférer. Les tribunaux ont décidé qu'ils avaient eu ce droit depuis le 4 juillet 1776, jour de la proclamation de l'Indépendance et non pas seulement depuis le Traité de paix de 1783, par lequel la Grande-Bretagne reconnaissait le nouvel Etat¹.

Le juge interne fait donc application des actes accomplis par le gouvernement de l'Etat vainqueur dès le début de son existence, sans distinguer d'ailleurs entre les actes d'administration courante et les mesures légales ou réglementaires prises en vue d'assurer le succès de l'insurrection.

Ainsi, au cours de la guerre d'Indépendance américaine, certains Etats de l'Union promulguèrent des lois autorisant la saisie de la propriété privée britannique, et le paiement aux caisses publiques des dettes privées de citoyens américains contractées envers des sujets britanniques. Les tribunaux admirent le caractère libératoire des paiements effectués en vertu de ces lois.

Il est vrai que le Traité de Paris du 3 septembre 1783 (art. 4, 5 et 6) imposa aux Etats-Unis l'obligation de rapporter ces mesures. La Cour suprême des Etats-Unis, faisant application des dispositions du Traité, décida, dans le cas *Ware contre Hylton*, que les créanciers britanniques, sans avoir égard aux textes en vigueur, pouvaient assigner en paiement leurs débiteurs, malgré les versements effectués par eux dans les caisses des Etats².

Cette Jurisprudence de la Cour suprême a tenu compte avec raison des obligations mises à la charge des

1. Affaire *Mac Ilvaine c. Coxe's Lessee*, Cour Suprême Fédérale, 1808, *Cranch's Report*, t. IV, p. 208, cité par Noel-Henry, *Les gouvernements de fait devant le juge*, p. 13.

2. Cour Suprême Fédérale, 1796, *Dallas' Report*, t. III, p. 198, cité par Noel Henry, *op. cit.*, p. 14, note 27.

Etats par le Droit international. Elle n'inflirme en rien le principe aux termes duquel, en Droit interne, les actes accomplis par le gouvernement insurgé de l'Etat futur se trouveront rétroactivement validés par le succès final. Le Droit interne doit nécessairement s'attacher à l'effectivité du pouvoir.

CHAPITRE II

LES SERVICES PUBLICS TERRITORIAUX ET LA NOTION DE PERSONNE FUTURE

L'Etat, nous l'avons vu, peut doter certains services publics d'une personnalité propre. En Droit objectif, il n'y aura lieu d'accorder à des services publics la personnalité juridique que s'ils répondent à des intérêts collectifs et permanents distincts de ceux de l'Etat lui-même, par exemple les intérêts des habitants présents et à venir de certaines portions déterminées du territoire national. La personnification de ces services donnera naissance à des personnes territoriales.

Suivant quelles formes sera-t-il procédé à la création de ces sujets du Droit public interne ? Il n'est pas douteux qu'en règle générale la création de ces personnes doive être réalisée par l'Etat. Dans l'Etat le pouvoir compétent en la matière sera le pouvoir législatif. C'est qu'en effet ces personnes territoriales se verront déléguer, dans la plupart des cas, certaines prérogatives de puissance publique. Or, cette délégation ne pourra être l'œuvre que du législateur, seul qualifié pour accomplir des actes de cette nature, intéressant aussi directement la souveraineté de l'Etat. Quand bien même, d'ailleurs, ces personnes territoriales ne se verraient pas concéder des pouvoirs de puissance publique, l'intervention du législateur sera normale puisque ces personnes juridiques nouvelles pourront devenir titulaires de droits opposables à l'Etat lui-même. Il arrivera d'ailleurs quelquefois au législateur de charger, par une disposition générale, l'autorité administrative de la création de cer-

taines catégories de personnes morales dans certaines hypothèses spécialement déterminées.

Tels sont les principes régissant la matière. Leur application comporte certaines difficultés. Etudions d'abord les personnes morales territoriales titulaires de prérogatives de puissance publique : ce sont les communes, les départements et les colonies.

Les communes ne doivent pas historiquement leur existence à l'Etat¹. Ces groupes sont antérieurs à l'Etat. Ils se sont organisés spontanément, en vue de la satisfaction des besoins communs du groupe. L'Etat moderne les a fait entrer dans les cadres de son administration, sans avoir à leur concéder une personnalité qui lui était préexistante. Mais *quid* de la création des communes nouvelles ? L'article 5 de la loi du 5 avril 1884 exige une loi pour toute création de commune nouvelle². Le législateur n'est appelé à statuer qu'après avis du Conseil général et du Conseil d'Etat, avis que le législateur n'est pas, en principe, obligé de suivre.

Le Conseil d'Etat ne donne avis favorable à la création de communes nouvelles que pour des motifs graves. Il examine surtout si l'on se trouve bien en présence d'un ensemble d'intérêts collectifs permanents et distincts. C'est à cette condition que se justifie le fractionnement d'une agglomération communale, qui aura pour résultat par ailleurs d'augmenter les charges des contribuables et de préjudicier à la bonne administration des communes³.

On a estimé qu'il y avait lieu à division de commune dans les cas suivants que nous citons à titre d'exemple : formation d'agglomérations déterminée par l'établissement d'un chemin de fer, d'un port, d'une grande industrie, s'il n'y a pas d'autre moyen administratif de satisfaire aux besoins des intéressés ; antagonisme persistant

1. V. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 335.

2. Circ., 15 mai 1884, p. 218. V. Discussion, D. P. 84.4.29, note 5.

3. Circ. min. Int., 2 août 1880. Avis Cons. d'Etat, 12 février 1880, 10 février 1881 et 12 décembre 1889. Notes *Jur. adm.*, p. 85.

entre deux sections de commune¹, le fait qu'une commune se compose de deux agglomérations séparées par des enclaves dépendant d'autres communes², difficulté des communications entre deux sections³, le fait que l'une des agglomérations a un caractère urbain, alors que l'autre a un caractère rural accentué⁴.

En revanche, le Conseil d'Etat, dans d'autres hypothèses où faisaient défaut ces intérêts collectifs permanents et distincts, a donné un avis défavorable. Ainsi l'accord intervenu entre une municipalité et la commission syndicale d'une section qui demande à former une commune n'a pas été considéré comme une raison suffisante pour justifier la création d'une nouvelle commune⁵. En règle générale d'ailleurs, il n'est pas créé de communes qui comprendraient un tout petit nombre d'habitants, moins de 500 à 600 par exemple⁶.

La date de promulgation de la loi portant création de la commune nouvelle marque le moment précis de sa naissance. La commune ne pourra pas revendiquer les droits ouverts à son profit antérieurement à cette date. Il y a lieu de rappeler cependant un cas fort curieux signalé par M. Huc, dans son *Commentaire du Code civil*. L'érection d'un certain territoire en commune était projetée. Un particulier avait pris envers l'administration certains engagements au profit de la commune future. On était en présence d'une véritable stipulation pour autrui. La validité de cette stipulation fut discutée au

1. Projets de loi, 12 mars 1885 et 3 mai 1888. Notes *Jur. adm.*, p. 85.

2. Projet de loi, 5 novembre 1885, *ibid.*

3. Projets de loi, 30 juillet 1885 et 10 mars 1887, *ibid.*, p. 86. — *Adde* : Rapport de M. J.-P. Rambaud sur le projet de loi tendant à ériger en commune distincte la Section de Plan-de-Cuques dépendant actuellement de la commune d'Allauch (Bouches-du-Rhône). — Sénat, *Doc. parl.*, 1937, Annexe 15. Rapport de M. Courcoureux sur la proposition de loi tendant à diviser en deux communes distinctes la commune d'Ambialet (Tarn). — Sénat, *Doc. parl.*, 1937, Annexe 343, p. 235.

4. Projets de loi, 3 décembre 1885 et 29 juillet 1886, *ibid.* — *Adde* : Rapport de M. E. Milliès-Lacroix sur le projet de loi tendant à ériger en commune distincte la section de Costaros dépendant actuellement de la commune de Cayres (Hte-Loire). Sénat, *Doc. parl.*, 1937, Annexe 298, p. 189.

5. Avis Conseil d'Etat, 28 janvier 1897, *ibid.*

6. Circ. préc., 2 août 1880. Avis Conseil d'Etat. 15 décembre 1881, notes *Jur. adm.*, p. 86.

Parlement qui, dans la loi portant érection de la commune, inséra un article formel aux termes duquel il était pris acte de l'engagement en question. M. Huc en a d'ailleurs conclu que le problème de la validité d'une stipulation pour autrui au profit d'une personne future pouvait être considéré comme tranché par voie d'interprétation législative¹.

Les départements sont également des personnes morales territoriales titulaires de prérogatives de puissance publique. Leur personnalité a été formellement reconnue par la loi du 10 mai 1838. Les départements doivent incontestablement leur existence à l'Etat législateur, au même titre que les colonies.

La section de commune, personne morale de droit public, n'a pas de prérogatives de puissance publique. Elle ne possède que des droits patrimoniaux, qu'elle exerce d'ailleurs par l'organe des représentants de la commune dont elle dépend : maire et conseil municipal. Un représentant spécial n'est accordé à la section que dans le cas où il y a conflit d'intérêts entre elle et la commune. En ce cas, les membres de la section élisent une commission syndicale.

L'expression « section de commune », dans les articles 121 à 123, 128 à 131 de la loi municipale, désigne une agglomération d'habitants (village ou hameau) qui est investie de la personnalité civile, et qui a des biens et des droits distincts de ceux de la commune dont elle dépend et exclusivement communs à ses habitants². Ainsi les sections de commune ne sont pas des circonscriptions administratives. Bien plus, les modifications qui peuvent survenir dans la circonscription administrative communale sont sans effet sur les droits particuliers de la section. La section telle qu'elle est constituée ne doit pas être morcelée. L'article 11 de la

1. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, n° 54. — V. Assemblée nationale, séance du 31 mai 1875, *Journal officiel* du 1^{er} juin 1875, p. 3883.

2. Aucoc, *Traité des sections de communes*, p. 6 et 93.

loi du 5 avril 1884 dispose qu'en cas de sectionnement électoral, les fractions du territoire ayant un patrimoine propre ne peuvent être divisées entre plusieurs sections électorales.

Les sections de communes ont des origines fort diverses. Par contraste avec le principe admis en matière de personnalité de droit public, la section de commune est considérée comme douée de personnalité par cela seul qu'elle existe en fait sans aucune intervention des pouvoirs publics. La création de sections de commune nouvelles exige cependant l'intervention de l'administration.

La plupart des sections de communes proviennent des anciennes communautés d'habitants qui étaient dotées dès avant la Révolution d'un patrimoine propre. D'autres proviennent d'anciennes communes qui ont été supprimées par la loi du 14 décembre 1789, et réunies à des communes voisines. D'autres encore remontent à la loi du 10 juin 1793, qui leur a attribué des terres vaines et vagues. Quelques-unes, enfin, puisent leur origine dans les concessions féodales faites autrefois par les seigneurs laïques ou ecclésiastiques à des hameaux, villages ou communautés rurales.

L'existence juridique de ces sections de commune provient uniquement de la communauté d'intérêts des membres qui les composent. Ainsi une réunion d'habitants qui a possédé dans un intérêt collectif des droits d'usage sur des landes, tels que ceux d'y faire paître ses troupeaux, d'y couper des fougères, genêts, et autres productions, et qui a la possession immémoriale suffisante dans certaines coutumes pour conduire à l'acquisition de ces droits par prescription, doit être maintenue dans cette possession¹. Ces droits reconnus par les tribunaux au profit des sections de commune sont des droits privatifs. Il a été jugé que l'arrêt qui a attribué la propriété d'une terre couverte de bruyères aux seuls habitants d'un hameau exclut par cela même tous les habitants de la commune et dès lors ceux d'un autre hameau. On ne serait pas fondé à objecter que les mots « section de

1. Civ., 1^{er} juillet 1829, R. usage 343; Nancy, 11 juin 1844. R. 1446.

commune » impliquent l'existence d'une réunion de hameaux, et que le hameau revendiquant n'est qu'une extension et une annexe de celui au profit duquel la décision a été rendue, si cette prétention est contredite par les faits et notamment s'il résulte de l'aveu des habitants du hameau revendiquant que ce hameau se distingue parfaitement de l'autre¹.

De nos jours, les sections de commune qui se créent doivent leur existence aux libéralités faites par des particuliers à une fraction de commune ou à un groupe d'habitants dépourvus de personnalité juridique. Nous sommes ici en présence de dispositions à titre gratuit adressées à des personnes futures de droit public. Aux termes de l'article 111, § 2 de la loi de 1884, qui a été reproduit presque textuellement par l'article 3 de la loi du 4 février 1901, « si la donation ou le legs a été fait à un hameau ou quartier d'une commune, qui n'est pas encore à l'état de section, ayant la personnalité civile, les habitants du quartier ou hameau sont appelés à élire une commission syndicale. La commission syndicale délibère sur l'acceptation de la libéralité. L'article 22 du décret du 5 novembre 1926² dispose, à cet égard, que si la commission syndicale est d'accord avec le conseil municipal pour accepter ou refuser la libéralité, l'acceptation ou le refus définitif est prononcé suivant les formes mentionnées à l'article 21 du décret du 5 novembre 1926 relatif aux dons et legs adressés à la commune.

S'il y a désaccord entre le conseil municipal et la commission syndicale, il est statué par arrêté motivé du préfet, après avis du conseil de préfecture interdépartemental.

L'intervention d'une commission syndicale de cette nature constitue une anomalie dans l'organisation administrative communale. Car le conseil municipal est en principe le représentant de toutes les fractions de la commune. Mais il a paru au législateur que l'acceptation

1. Rouen, 20 août 1874, S. 76.2.23 et S. 960.

2. D. P. 1927.4.291.

de libéralités dans les circonstances prévues par l'article 111, § 3, n'ayant pas seulement pour résultat, quand elle est définitive, d'assurer à une portion de commune des avantages patrimoniaux appréciables, ou même de lui imposer des charges, mais encore de la constituer en personne civile, en lui attribuant des biens propres, il importait de faire intervenir au préalable une représentation spéciale de la fraction de commune intéressée et d'exiger une sanction de l'autorité administrative supérieure¹.

Les dispositions de l'article 111, § 3, dérogatoires du droit commun, doivent être interprétées strictement. Elles ne jouent que lorsque le don ou le legs est fait nominativement à un hameau ou quartier. Dans le cas où la libéralité est faite à la commune dans l'intérêt du hameau ou quartier, c'est par le conseil municipal qu'elle doit être acceptée¹.

L'autorisation administrative portant acceptation de la libéralité emportera en même temps s'il y a lieu l'érection du hameau en section de commune ayant une personnalité morale distincte de celle de la commune dont elle dépend. La loi municipale a ainsi concédé aux personnes morales futures une capacité spéciale que le droit privé s'est en principe refusé à admettre dans la matière des fondations.

*
**

Il n'y a pas de barrière intangible entre les personnes morales de droit public dénuées des prérogatives de la puissance publique et les personnes morales de droit public ayant ces prérogatives. Le législateur peut dans certains cas octroyer ces prérogatives, l'autorité administrative peut les enlever sous certaines conditions, faisant passer les personnes morales du droit public interne d'une catégorie dans l'autre. La loi du 5 avril 1884 a prévu expressément le cas où une commune est réunie à une autre commune. Il est statué sur cette réunion, suivant les cas, par une loi, par une décision du conseil

1. V. Circulaire, 15 mai 1884, p.^o 273.

2. Morgand, *La loi municipale* n^o 1291.

général ou par un décret en Conseil d'Etat. La commune « annexée » perd alors les prérogatives de puissance publique, mais garde sa personnalité juridique et conserve à ce titre comme section de la commune « annexante » la propriété des biens qui lui appartenaient (art. 7 de la loi du 5 avril 1884). La commune « annexante » n'acquiert que la « propriété » des biens servant à un usage public situés sur le territoire de la commune annexée. En dehors des questions de propriété, toutes les autres conditions suivant lesquelles les réunions de communes sont réalisées doivent être déterminées expressément par les actes qui prononcent le changement de circonscription (§ 5, art. 7 de la loi du 5 avril 1884). La commune annexée continuera à jouir, mais dans une sphère considérablement limitée, de cette personnalité juridique dont elle bénéficiait avant qu'ait été prononcée l'annexion.

Voyons maintenant l'hypothèse inverse : Une section de commune peut être érigée en commune distincte. Nous abordons ici un problème qui se rattache intimement à la matière des personnes futures du droit public interne. En effet, lorsqu'une section de commune est érigée en commune distincte et acquiert de ce fait des prérogatives de puissance publique, la question se pose de savoir si la commune nouvelle ne fait qu'hériter de la personnalité juridique de la section primitive aux droits et obligations de laquelle elle succède intégralement ou si, au contraire, il y a apparition d'une personne juridique nouvelle, nullement tenue des obligations contractées par la section de commune disparue. Il semble bien que la personnalité juridique de la commune nouvelle n'est que la continuation de la personnalité préexistante de la section de commune. La personnalité primitive acquiert des attributs nouveaux d'une importance considérable, mais elle reste identique à elle-même. Et un arrêt très récent du Conseil d'Etat, en date du 10 décembre 1937¹, vient confirmer cette façon de voir.

1. D. H. 1938, p. 152.

Il a décidé que l'érection en commune distincte d'une section primitivement comprise dans les limites d'une autre commune et faisant partie à ce titre d'un syndicat intercommunal pour l'adduction de l'eau, n'a pas eu pour effet de faire sortir la section de ce syndicat. Il appartenait dès lors au préfet de mettre la commune nouvelle en demeure de remplir les obligations qui lui incombent en tant que membre du syndicat et notamment d'inviter le conseil municipal à désigner ses délégués.

C'est là une solution particulièrement intéressante. Elle permet de dire que la simple personnalité morale de certains sujets du droit public interne constitue un support assez solide pour ne pas entraîner l'apparition d'une personne juridique nouvelle lorsque ces sujets de droit acquièrent les attributs de la puissance publique. Cette décision vient encore à l'appui de la théorie à laquelle nous avons adhéré, celle de l'unité de la personnalité juridique en droit public interne. Les personnes morales du droit public interne qui ont le pouvoir de commander aux citoyens ont une personnalité une et indivisible qui ne saurait être dédoublée en personnalité « privée » et personnalité « publique ».

CHAPITRE III

LES ETABLISSEMENTS PUBLICS ET LA NOTION DE PERSONNE FUTURE

On appelle « établissements publics » les services publics spéciaux, dotés d'une personnalité distincte de celle de l'Etat ou des divers services territoriaux. Le cercle d'action de ces services spéciaux peut être limité à une circonscription territoriale. Il peut aussi embrasser plusieurs circonscriptions administratives. Les syndicats de communes ont été organisés en France par les lois des 22 mars 1890¹ et 13 novembre 1917². Ils ont pour but de permettre aux communes de s'associer et de réunir leurs ressources en vue d'œuvres ou de services d'utilité communale. D'autre part, les syndicats interdépartementaux ont été organisés par le décret-loi du 5 novembre 1926³ et par la loi du 9 janvier 1930⁴. Enfin, le cercle d'action de ces services spéciaux peut s'étendre à l'ensemble du territoire national. Seulement, dans tous les cas, ces services s'adressent non à tous les habitants de la circonscription, des circonscriptions administratives envisagées ou du territoire national, mais, d'une manière immédiate, à une catégorie spéciale d'entre eux⁵. Ici encore, nous sommes en présence d'intérêts collectifs et permanents distincts des intérêts de l'Etat, ou des diverses agglomérations territoriales. Ces intérêts

1. D. P. 1890.4.106.

2. D. P. 1922.4.58.

3. D. P. 1927.4.291.

4. D. P. 1930.4.280.

5. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 360.

collectifs sont d'une part ceux des bénéficiaires du service assuré par l'établissement public et d'autre part ceux des habitants de la ou des circonscriptions territoriales auxquelles l'établissement public est rattaché, car il leur appartient de satisfaire d'une façon rationnelle et économique les besoins de certains d'entre eux (besoins d'hygiène, d'assistance, d'instruction, par exemple).

Pour la création des établissements publics, l'intervention de l'Etat est nécessaire, puisqu'il s'agit, soit de créer de toutes pièces un service public, soit d'intégrer à l'administration publique un établissement d'origine privée, soit enfin de réorganiser un service public sur des bases nouvelles en lui conférant la personnalité qui lui avait manqué jusque-là. En cette matière, comme dans celle des personnes morales territoriales, l'autorité compétente dans l'Etat sera le législateur puisqu'il s'agit de créer un corps constitué qui aura la faculté d'opposer ses droits à ceux de l'Etat, du département ou de la commune. L'administration peut bien à l'intérieur des personnes morales existantes faire des règlements d'organisation des services publics. Mais elle ne peut par elle-même créer une nouvelle personne morale.

Le juriste allemand Otto Mayer¹ a soutenu que la création d'une personne morale de droit public était de la compétence du pouvoir administratif, car il ne s'agit en somme que du démembrement d'une personne juridique déjà existante, l'Etat. On a critiqué avec raison cette thèse. La naissance d'une nouvelle personne de droit public résulte souvent, non d'un démembrement, mais d'un acte par lequel l'Etat incorpore à l'administration une personne de droit privé déjà existante. Il faut, comme on l'a dit excellemment, une *règle de droit* à la base de toute création de personne juridique. En droit public, cette règle est l'œuvre du législateur. Le Conseil d'Etat italien, dans un avis du 2 juin 1888, cité

1. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, p. 388 et suiv.

par Ruffini ¹, a considéré comme pouvant être créés par le pouvoir exécutif les êtres moraux qui, sans demander de privilèges, se contentent de l'exercice des droits civils communs à toutes les personnes morales.

En France, une loi est pratiquement nécessaire pour créer un établissement public toutes les fois qu'il n'existe pas de texte général déléguant cette mission à l'autorité administrative. Cette délégation ne saurait viser que des catégories d'établissements spécialement déterminées.

La compétence du législateur a été nettement posée sur un point par la loi du 13 juillet 1925, article 205 : « Les établissements publics nationaux ne peuvent être créés que par la loi qui détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement, leur confère la personnalité civile et s'il y a lieu l'autonomie financière. »

Le mode d'intervention de l'Etat dans la création des établissements publics varie suivant les cas ². La loi peut créer de toutes pièces un service nouveau. Ainsi, le décret du 29 floréal an X, portant création de l'Ordre de la Légion d'honneur, lui affectait une dotation spéciale et lui donnait une administration autonome. La loi peut également accorder la personnalité civile à des services existants. A titre d'exemple, nous citerons la loi du 16 vendémiaire an VII, qui a érigé en établissements publics divers hospices et hôpitaux d'origine ancienne. De nombreuses lois spéciales ont d'autre part détaché de l'administration certains services publics pour en faire des établissements autonomes. Il en a été ainsi notamment pour divers musées nationaux. Enfin, le législateur peut simplement indiquer les bases et laisser à l'autorité administrative le soin de procéder à la création individuelle de certains établissements. Signalons à cet égard que les Chambres de commerce sont créées par décret en la forme des règlements d'administration publique. Le Conseil d'Etat est appelé à intervenir. Une délibéra-

1. Ruffini, « La classificazione della persone giuridiche », dans les *Studii Schupfer*, 1898, p. 352.

2. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 376.

tion de section, prise après consultation des organes compétents (avis des conseils municipaux intéressés par exemple).

La qualité d'établissement public est quelquefois attribuée par la loi en termes exprès. Dans certains cas, la loi attribue la personnalité civile à l'établissement, sans préciser qu'il est incorporé à l'administration. Parfois même, la loi réunit dans une même phrase les deux formules. L'article 170 de la loi du 22 mars 1890, par exemple, est conçu en ces termes : « Les syndicats de communes sont des établissements publics investis de la personnalité civile. » Mais la plupart du temps, le législateur a évité ces termes et s'est borné à énumérer les prérogatives de l'établissement nouveau (droit de contracter et d'ester en justice, autonomie financière, faculté de conserver ses bonis). Ce silence du législateur prêterait parfois à équivoque et donnerait lieu à des controverses difficiles à résoudre. Il faudra dans ce cas examiner dans son ensemble la situation de l'établissement pour pouvoir déterminer d'une façon exacte s'il s'agit d'un service personnalisé ou non personnalisé¹. L'intérêt de la question sera souvent d'une importance capitale. Car, dans ses rapports avec l'Etat, le service personnalisé, à la différence du service non personnalisé, jouira d'une indépendance effective. Il pourra recevoir directement des libéralités, sans passer par l'intermédiaire de l'Etat. Une fois qu'il aura été créé, il ne pourra pas se voir imposer des charges nouvelles qu'en vertu d'un texte. Il sera recevable à défendre en justice ses droits subjectifs à l'encontre de la communauté territoriale même dont il dépend.

Et ici se pose la question de savoir quel est le moment précis à partir duquel l'établissement public acquiert la personnalité civile. On peut dire à cet égard que l'établissement public prend naissance dès que se trouvent réunis les éléments essentiels de la personnalité juridique, à savoir le groupe intéressé et l'organisation juri-

1. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 401.

dique de nature à créer une volonté collective, distincte de celle de l'Etat, du département ou de la commune¹. Il n'est pas nécessaire que l'établissement public possède déjà un patrimoine. Comme on l'a dit excellemment : « La personnalité juridique ne consiste pas dans le fait d'être titulaire de droits, mais dans l'aptitude à l'être². » Cette aptitude existe dès que l'organisation de l'établissement se trouve être réglementée par la loi.

Ainsi, lorsque la loi du 15 juillet 1893, article 10, a créé en bloc un bureau d'assistance médicale, dans toutes les communes, ce bureau a existé virtuellement dès la promulgation de la loi. Les mesures prises par l'autorité administrative, en conformité de la loi, étaient de simples mesures d'exécution. De même, lorsqu'une libéralité est adressée à une commune à charge de fonder une hospice, le décret qui autorise le maire de la commune à accepter la libéralité au nom des pauvres, l'habilite par là-même à créer l'hospice qui sera ainsi capable de recevoir une libéralité nouvelle avant même qu'il ait été pourvu de tous ses organes d'administration³.

La matière des établissements publics nous met ainsi en présence de cas où l'existence de droit de la personne morale précède son existence de fait.

1. V. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 380-381.

2. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 379.

3. V. une conséquence de ces idées en matière de comptabilité, dans Cons. d'Etat, 22 décembre 1900, *Revue des établissements de bienfaisance*, 1901, p. 75.

TITRE II

LES PERSONNES MORALES FUTURES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Les sujets du droit international public ne sont pas seulement les Etats, mais aussi toutes les entités auxquelles les Etats reconnaissent l'aptitude à être titulaires de droits et de devoirs internationaux. Il en est ainsi notamment de la Société des Nations, de la Cour permanente de Justice internationale et de certaines Commissions internationales. On a qualifié cette seconde catégorie de sujets du droit international du nom de « personnes artificielles ». Ce sont en effet des entités ne satisfaisant pas par elles-mêmes aux conditions organiques de la personnalité internationale vu qu'elles ne constituent pas des Etats. Elles doivent d'être régies par le Droit international non à leurs qualités propres, mais au bon vouloir des autres Etats. Nous verrons plus bas les conséquences qu'il y a lieu de déduire de ce fait.

Tout ordre juridique ne se contente pas de déterminer quels sont ses sujets : il fixe également le moment où commence leur existence autonome. En la matière, si nous envisageons la période constitutive de ces personnes du droit international public, nous serons en présence de personnes futures. Ainsi, cette notion intervient dans toutes les sphères de la vie juridique. Nous nous bornerons à examiner dans les pages qui vont suivre la notion de personne future dans ses rapports avec les phénomènes juridiques qui précèdent la naissance des Etats à la vie internationale.

Nous avons déjà vu qu'un Etat supposait la réunion de trois éléments : une collectivité vivant sur un territoire aux limites déterminées et gouvernée par des organes autonomes. Ces trois éléments sont indispensables. Si l'un d'entre eux faisait défaut, on ne se trouverait pas en présence d'un Etat. La naissance d'un Etat apparaît ainsi plus comme un fait historique que comme un fait juridique ; ou plutôt le fait historique, antérieur au fait juridique, lui donne immédiatement naissance. Le fait est antérieur au droit, mais il est créateur de droit. Il semblerait dès lors qu'il faille transporter dans le droit international, la définition que nous avons donnée de l'Etat futur en Droit public interne : Il y a Etat futur lorsqu'on est en présence d'une collectivité ne possédant pas de territoire aux limites déterminées et non encore gouvernée par des organes autonomes.

Mais les choses ne sont plus ici aussi simples qu'en droit interne, car une notion nouvelle apparaît : celle de la reconnaissance internationale. Un Etat nouveau ou plutôt le gouvernement d'un Etat nouveau peuvent être ou ne pas être *reconnus* par les autres Etats. Et la question se pose de savoir quels sont les effets du défaut de reconnaissance. Un Etat qui n'a pas été reconnu par les autres Etats a-t-il la personnalité internationale ? En attendant, cette reconnaissance est-elle une personne future du droit international public ? Tel est le problème qu'il convient d'examiner. Si, aux termes de nos explications, nous arrivons à cette conclusion que seule la reconnaissance fait acquérir à l'Etat la personnalité internationale, il faudra corriger la définition que nous avons donnée de l'Etat futur : un Etat futur serait un Etat qui n'aurait pas été reconnu par les autres Puissances.

La notion de reconnaissance internationale a d'ailleurs un champ d'application fort vaste. Ce ne sont pas seulement des Etats, mais aussi des gouvernements nouveaux, des nations, des belligérants, des insurgés qui peuvent faire l'objet d'une reconnaissance.

Nous examinerons, dans une première partie, la théorie classique de la reconnaissance, ainsi que les divers types de reconnaissance internationale. Nous envisagerons ensuite les corrections qu'il convient d'apporter à cette théorie et les distinctions que la jurisprudence a établies suivant que la condition de l'Etat non reconnu se pose pour le juge-tiers, c'est-à-dire le juge de l'Etat qui n'a pas reconnu l'Etat nouveau, ou pour le juge international. Il résulte de ce que nous avons dit plus haut que le problème de la reconnaissance ne se posait pas pour le juge interne.

CHAPITRE PREMIER

LA THEORIE CLASSIQUE DE LA RECONNAISSANCE

La théorie classique a soigneusement distingué la reconnaissance d'Etat proprement dite, d'une part, et la reconnaissance de gouvernement, de nation, de belligérants, d'insurgés, d'autre part. Nous respecterons cette division traditionnelle. Cependant, en raison du lien étroit qui unit la notion d'Etat à celle du gouvernement, il conviendra de ne pas scinder leur étude. Certes, Etat et gouvernement sont des choses distinctes. Le gouvernement d'un Etat n'est que l'ensemble des organes chargés de *l'exercice* de la souveraineté sur le territoire national. La personnalité d'un Etat peut avoir fait l'objet d'une reconnaissance sans que cette reconnaissance s'applique au gouvernement nouveau de cet Etat. Cependant, l'inverse n'est pas vrai : On ne saurait reconnaître le gouvernement d'un Etat nouveau sans reconnaître en même temps l'Etat dont il exerce la souveraineté.

Nous étudierons dans une première section la reconnaissance d'Etat et de gouvernement ; dans une seconde section, les autres types de reconnaissance.

Section I. — La reconnaissance d'Etat et de gouvernement.

Suivant la théorie dominante, la reconnaissance a un effet constitutif de droit. L'Etat, tant qu'il n'est pas reconnu, n'a aucune personnalité internationale. On ne peut même pas dire que l'Etat non reconnu a sinon l'exercice du moins la jouissance de la personnalité juri-

dique. Il est frappé d'une incapacité de jouissance. L'existence de fait ne supplée à aucun degré au défaut de reconnaissance internationale. Elle explique seulement la portée rétroactive que cette reconnaissance peut revêtir. C'est à ce point de vue et à ce point de vue seulement que la reconnaissance est un acte déclaratif.

Ainsi, le droit international public repose non seulement sur un élément de fait : la coexistence d'une pluralité d'Etats, mais surtout sur un élément spirituel : la volonté de ces Etats de se reconnaître comme membres de la communauté internationale et de soumettre leurs relations à une institution juridique commune.

La reconnaissance est un acte unilatéral. Elle ne saurait résulter d'un traité : Comment une entité privée de personnalité internationale pourrait-elle être en état de conclure un traité qui présuppose deux sujets de droit ? La reconnaissance peut être expresse ; elle peut être également tacite et résulter d'actes pertinents, comme l'envoi de représentants diplomatiques ou la conclusion d'un traité. L'admission dans la Société des Nations confère au nouveau membre devenu titulaire de droits et de devoirs la personnalité internationale, nonobstant l'opposition éventuelle de certains membres de l'Assemblée. La reconnaissance peut être individuelle ou collective, elle n'a en tous les cas qu'un effet relatif. Elle ne produit des effets qu'à l'égard de l'Etat ou des Etats qui l'ont donnée : Un Etat en raison de son égalité juridique avec les autres Etats ne peut être lié sans son consentement.

Il semble que la théorie classique soit conduite à admettre que la reconnaissance peut être accordée ou refusée suivant le bon plaisir des Etats, lesquels ne seraient nullement tenus d'un devoir juridique de reconnaissance. Cependant, la majorité des auteurs est d'avis que la reconnaissance ne peut être arbitrairement refusée et qu'un Etat constitué a des droits acquis à être considéré comme faisant partie de la communauté internationale.

Une fois la reconnaissance accordée sans conditions,

elle ne peut être révoquée, bien que résultant d'un acte unilatéral : c'est qu'en effet l'Etat qui s'est vu reconnaître comme personne internationale a pu valablement accepter la reconnaissance et lier ainsi celui qui en a été l'auteur. Toutefois, si la reconnaissance a été faite sous conditions, elle pourra être valablement révoquée si les conditions ne sont pas respectées.

Nous n'avons parlé jusqu'à présent que de la reconnaissance normale, c'est-à-dire de la reconnaissance *de jure*. Or les Etats peuvent faire l'objet d'une simple reconnaissance *de facto*. La différence entre les deux est malaisée à définir. La reconnaissance *de facto* est généralement accordée pour des motifs politiques à des Etats encore en voie de formation. Elle a un caractère provisoire et elle est en principe révocable. A titre d'exemple, nous rappellerons que les Etats baltes, détachés de l'Empire russe à la fin de la guerre, ont fait au début l'objet d'une simple reconnaissance *de facto*.

*
**

Passons maintenant à la reconnaissance de gouvernement. Il est universellement admis que la personnalité de l'Etat est indépendante du gouvernement qui lui sert d'organe dans ses rapports avec l'étranger. M. de Visscher en a déduit cette conséquence que la personnalité internationale d'un Etat reconnu n'est pas compromise par le refus de reconnaissance opposé à son gouvernement par les Etats étrangers : C'est ici que jouerait la distinction entre la jouissance de la souveraineté externe et son exercice ¹. Un Etat dont le gouvernement n'est pas reconnu conserve la jouissance de sa souveraineté extérieure, bien qu'il se trouve paralysé dans son exercice.

Le refus de reconnaissance ou la reconnaissance sous réserves peuvent être motivés par le souci de la sécurité des relations internationales et l'instabilité du gouvernement nouveau. La reconnaissance *de facto* est une reconnaissance sous réserves.

1. Charles de Visscher, « Les gouvernements étrangers en justice », in *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1922, p. 149.

La légalité constitutionnelle des origines du gouvernement ne doit pas entrer en ligne de compte. Par exemple, un gouvernement poussé au pouvoir à la suite d'un mouvement révolutionnaire est arrivé à se substituer au gouvernement légal. Tôt ou tard, ce gouvernement qui, à l'origine, a pu ne faire l'objet que d'une reconnaissance *de facto* obtiendra la reconnaissance *de jure*, qui rendra indiscutable la validité de ses actes.

Les révolutions qui se sont succédées au cours du XIX^e siècle ont amené l'éclosion de doctrines politiques différentes¹. Les Etats-Unis ont décidé de ne reconnaître un nouveau gouvernement issu d'une révolution qu'après sa confirmation définitive par le peuple entier. En d'autres termes, les Etats-Unis ne reconnaissent que les gouvernements *de jure*. Cette doctrine est celle de Wilson. Une ligne de conduite analogue avait été déjà préconisée par le D^r Tobar, ancien ministre de l'Equateur. Et c'est sous son influence que les Républiques de Costa-Rica, Guatémala, Honduras, Nicaragua et Salvador conclurent le 20 décembre 1907 une convention aux termes de laquelle elles s'engageaient à ne reconnaître aucun gouvernement établi dans l'une ou l'autre des parties contractantes, à la suite d'un coup d'Etat ou d'une révolution, tant que la représentation du peuple librement élu n'aurait pas réorganisé le pays dans sa forme constitutionnelle. Enfin, les Puissances Alliées, lors de la Conférence de Cannes, ont déclaré le 6 janvier 1922 ne pas reconnaître le Gouvernement soviétique, avant l'acceptation par lui de certains principes indispensables auxquels un gouvernement civilisé ne saurait se soustraire (protection de la propriété individuelle, reconnaissance des dettes, régime légal assurant l'exécution des traités, suppression de toute propagande subversive contre les autres Etats).

Il ne faudrait pas minimiser la portée du refus de reconnaissance opposé au gouvernement nouveau. Certes ce refus n'affecte pas la personnalité internationale

1. Kail Strupp, *Eléments de Droit international public*, édition de 1927, p. 54.

de l'Etat : Il entraîne une suspension des rapports diplomatiques, sans toucher aux droits de l'Etat dont le gouvernement n'a pas été reconnu¹. Ainsi l'article 116 du Traité de Versailles, alinéa 3, a réservé expressément les droits de la Russie aux restitutions et aux réparations fondées sur les principes de ces traités, bien que les Alliés n'aient pas voulu reconnaître le nouveau régime établi dans la Russie des Tzars. Mais cette interruption des rapports diplomatiques qui suspend l'exercice de la souveraineté internationale de l'Etat, dont le gouvernement nouveau n'a pas été reconnu, aura des conséquences fort graves que nous étudierons plus bas, dans le chapitre consacré à la théorie moderne de la reconnaissance. Disons d'ores et déjà que devant les juridictions des Etats qui se sont abstenus de reconnaître le gouvernement nouveau, l'Etat dont ce gouvernement exerce la souveraineté se verra pratiquement écarté du prétoire.

Section II. — De certains types spéciaux de reconnaissance.

On peut dire que la reconnaissance internationale, en tant qu'elle s'applique aux Etats et aux Gouvernements est une forme parfaite de reconnaissance. Elle confère à l'Etat reconnu la personnalité internationale, au Gouvernement reconnu la capacité internationale.

Mais il existe d'autres types de reconnaissance s'appliquant à certaines entités politiques dont le rôle est considérable au cours de ce que l'on pourrait appeler la période constitutive des Etats : nous voulons parler de la reconnaissance de nations, de belligérants, d'insurgés.

§ 1. — LA RECONNAISSANCE DE NATIONS.

Cette variété de reconnaissance a fait récemment son apparition en Droit international². Elle intervient dans

1. Dionisio Anzilotti, *Cours de Droit international public*, t. I, p. 180, Siray, Paris, 1929.

2. V. Paul Fauchille, *Traité de Droit international public*, 8^e édit., t. I, p. 311 et suiv.

certaines circonstances spéciales. Un peuple opprimé, aspirant à sa libération, affirme sa volonté d'exister comme Etat, sans posséder cependant d'organisation politique sur le territoire où le nouvel Etat doit s'élever. Cette volonté nationale s'affirme sur le territoire de tierces puissances, en cas de conflit mettant aux prises l'Etat oppresseur et d'autres Etats étrangers. L'Etat étranger peut reconnaître cette volonté nationale, comme il peut ne pas la reconnaître. C'est là une question de politique.

Ainsi, au début de la dernière insurrection cubaine contre l'Espagne, les insurgés n'avaient pu former comme organisation politique qu'une junta insurrectionnelle à New-York. Ce fait n'a pas été considéré comme suffisant pour justifier la reconnaissance des Cubains comme nation.

Pendant la guerre mondiale, sont intervenues des reconnaissances d'organisations nationales, comme celle des Tchécoslovaques, des Polonais, des Yougoslaves. L'établissement du mandat anglais sur la Palestine a été précédé de phénomènes juridiques analogues.

Il convient d'étudier ces reconnaissances de nations, car elles nous mettent nettement en présence de personnes futures du Droit international public.

Au milieu de la guerre mondiale, les Tchécoslovaques, les Polonais et les Yougoslaves constituèrent en France, en Grande-Bretagne, en Italie, des comités nationaux qui demandèrent la reconnaissance de leurs pays d'origine comme nations indépendantes. Les Alliés leur firent une situation différente de celle des Austro-Hongrois, en leur accordant le commercium avec leurs nationaux et l'égalité des droits civils. Voilà pour le Droit privé. Pour le Droit public, la réalité est plus complexe.

A) *Tchécoslovaquie.*

Le décret présidentiel du 16 décembre 1917 créait en France une armée tchécoslovaque autonome. Le décret du 31 mai 1918 organisait la justice militaire et instituait

des conseils de guerre particuliers rendant la justice au nom du peuple tchécoslovaque. En conformité de ces textes on constitua en France le 21^e Régiment de Chasseurs qui était la première unité de l'armée autonome tchécoslovaque et qui montait en ligne quelque temps après.

Le 30 juin 1918, au cours d'une cérémonie, sous la présidence de M. le Président de la République Française, l'armée tchécoslovaque se voyait remettre le drapeau national offert par la Ville de Paris, et prêtait le serment de fidélité. Le même jour, M. Pichon, ministre des Affaires étrangères, écrivait à M. Bénès, directeur du Comité tchécoslovaque et affirmait la reconnaissance des Tchécoslovaques comme nation. Cette reconnaissance était notifiée au Gouvernement britannique, qui, dès le 1^{er} juin 1918, par l'organe de M. Balfour, avait reconnu « le Conseil national tchécoslovaque comme l'organe suprême des intérêts nationaux tchécoslovaques, et comme représentant le gouvernement futur tchécoslovaque, ayant le droit d'exercer l'autorité suprême sur cette armée alliée ».

Le 2 septembre 1918, les Etats-Unis reconnaissaient le Comité national comme un gouvernement national *de facto*. L'accord intervenu le 29 septembre 1918 entre le gouvernement de la République Française et le Conseil national tchécoslovaque mettait sur pied le statut de la nation tchécoslovaque en France. L'article 6 du traité était ainsi conçu : « Le Conseil national tchécoslovaque déclare que les sommes qui ont été et seront affectées par le Gouvernement de la République Française aux dépenses militaires, politiques et administratives constituent des avances dont la nation tchécoslovaque assurera le remboursement, dans l'année qui suivra la signature du traité de paix, au moyen d'un emprunt. Les conditions et les garanties de cet emprunt feront l'objet d'un accord ultérieur ».

En vertu de ces reconnaissances multiples, le 14 octobre 1918, le Conseil national s'élevait en gouvernement du pays tchécoslovaque. Il notifiait aux gouvernements

des puissances alliées sa constitution. Un Etat venait de prendre naissance.

B) *La Pologne.*

Dans une lettre datée du 28 août 1917, MM. Roman Dmowsky et Erasme Piltz, avaient fait connaître au Gouvernement français la constitution d'un Comité national polonais et le but que ce Comité poursuivait. Ils priaient le Gouvernement de la République, de reconnaître ce comité comme organisation officielle polonaise et de donner son assentiment à l'établissement du siège central de ce comité à Paris. Par lettre en date du 20 septembre 1917, M. Ribot donnait son accord. Une lettre de M. Pichon, datée du 20 mars 1918, définissait les pouvoirs du Comité sur l'armée polonaise en France. Ce comité avait qualité pour déterminer le drapeau national, pour fixer la formule du serment et décider de la qualité de Polonais. L'armée polonaise fut reconnue comme armée autonome et belligérante, par la France. (lettres des 20 mars, 3 juin, 22 juin et 18 septembre 1918), par la Grande-Bretagne, l'Italie et les Etats-Unis.

Le 22 juin 1918 eut lieu la remise par M. le Président de la République Française à la première Division polonaise, des drapeaux offerts par les villes de Paris, de Nancy, de Belfort et de Verdun.

Le 20 février 1919, M. Pichon, ministre des Affaires étrangères, notifia à M. Paderewski, président du Conseil, ministre des Affaires étrangères du Gouvernement polonais, la reconnaissance officielle par la République Française, de la Pologne comme Etat indépendant. — Quelles étaient les frontières de cet Etat nouveau ? La frontière vis-à-vis de la Russie, fut tracée par le Traité de paix de Riga, conclu avec le Gouvernement soviétique le 18 mars 1921. Cette frontière fut reconnue par la Conférence des Ambassadeurs, le 15 mars 1923. — Les frontières occidentales de la Pologne vis-à-vis de l'Allemagne et de la Tchécoslovaquie furent fixées par les traités de paix. Avant la mise en vigueur des traités, la

Pologne ne posséda pas la pleine puissance *de facto* sur les territoires autrefois autrichiens et prussiens. Pendant l'année 1919 la situation dans les territoires prussiens était incertaine¹. Les troupes et les autorités polonaises ne prirent possession du territoire total que le 17 janvier 1920, c'est-à-dire après la mise en vigueur des traités.

C) *La Palestine.*

La guerre de 1914-1918 a vu se réaliser officiellement la reconnaissance comme nation du peuple juif, par l'impulsion qu'elle a donnée au mouvement sioniste.

Dès le mois de mars 1915, sous la haute direction du Gouvernement britannique, avait été constitué le Sion Mule Corps, le premier régiment juif, qui participa à l'expédition de Gallipoli. Un second régiment fut créé en Angleterre, quelques temps après. Les 20 avril et 4 juin 1917, le Gouvernement français, par l'organe de M. Cambon faisait la déclaration suivante : « Le Gouvernement français verra d'un œil favorable l'institution en Palestine d'un foyer juif ». Le Gouvernement britannique, le 2 novembre 1917, affirma son intention d'introduire dans les futurs traités de paix, une clause concernant l'établissement d'un Jewish Homeland, foyer juif, en Palestine.

Des déclarations semblables et concordantes furent faites en février 1918, par M. Pichon, ministre des Affaires étrangères ; le 9 mars 1918, par M. Sonnino, ministre italien ; en septembre 1918, par le Président Woodrow Wilson. Toutes ces déclarations constituaient sans aucun doute possible la reconnaissance comme nation du peuple juif. Le 24 avril 1920, à la Conférence de San-Remo, le Conseil suprême des puissances alliées prit la décision d'insérer la déclaration Balfour dans le Traité avec la Turquie : « La Palestine deviendrait le foyer national juif. La Grande-Bretagne en aurait le mandat avec obli-

1. Hans Hertz, « Le problème de la naissance de l'Etat », in *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1936, p. 571.

gation de préparer un statut pour l'exécution de ce plan ». Le Traité de Sèvres, signé avec la Turquie le 10 août 1920, disposa dans son article 95 que la Palestine serait placée sous le régime du mandat et que le mandataire en serait choisi parmi les grandes puissances. Il fut également déclaré dans le traité que rien ne serait fait qui pourrait porter préjudice aux droits civils et religieux des communautés non juives en Palestine, non plus qu'aux droits et aux statuts politiques profitant aux Juifs dans les autres pays.

C'était reconnaître, suivant M. Fauchille, « en même temps que l'existence d'une nation juive, le droit des Israélites à la protection internationale dans tous les Etats où ils résident, ou dont ils sont devenus les nationaux »¹.

Malgré la haute autorité de M. Fauchille, nous pensons que les phénomènes juridiques qui ont abouti à l'établissement du mandat anglais sur la Palestine doivent être soigneusement distingués des reconnaissances nationales dont ont bénéficié les Comités tchécoslovaques et polonais. Il n'y a pas eu en effet pour la Palestine apparition d'un Etat nouveau.



Cette théorie de la reconnaissance de nations a été construite par M. de Lapradelle, jurisconsulte du ministre des Affaires étrangères de la France. Elle est basée sur un fait essentiel qui correspond à la réalité historique, à savoir que la nation préexiste à l'Etat : Elle en est la substructure. Comment en une période de crise comme celle de la guerre mondiale, ne pas admettre pour des nations opprimées aptes à s'ériger en Etats indépendants, le droit de conquérir leur autonomie ?

A cet égard, c'est par un hommage à la Doctrine française que s'achève le rapport de M. le Député Raiberti, à la Chambre, sur la question des reconnaissances nationales intervenues au cours de la guerre². « La France,

1. Fauchille, *op. cit.*, t. I, p. 316.

2. Rapport de M. Raiberti, Chambre des députés, *Documents parlementaires*, 1919, Annexe 6339, p. 1373.

dit-il, ne s'est pas contentée de proclamer avec les Alliés l'imprescriptibilité du droit des peuples. La France a trouvé et appliqué la formule juridique qui a permis de *libérer la Tchécoslovaquie et la Pologne avant qu'elles n'eussent brisé leurs chaînes* et de leur rendre leurs droits politiques et leurs prérogatives d'Etat avant qu'elles ne fussent rentrées en possession de leur territoire et de leurs frontières historiques ».

Nous écartons par conséquent la thèse de M. Anzilotti, aux termes de laquelle, la reconnaissance des comités nationaux intervenue pendant la guerre et émanant des Alliés n'établissait aucun rapport de Droit international : Elle affirmait simplement un engagement moral de permettre et de favoriser la constitution d'Etats indépendants, en cas d'issue favorable de la guerre ¹.

Certes, M. Anzilotti a eu raison d'insister sur le fait que la valeur juridique de ces reconnaissances dépendait de l'issue de la guerre. Un échec des Alliés aurait rendu caduques toutes ces reconnaissances. Mais le problème ne se pose précisément qu'en fonction du succès final. Et c'est justement en fonction de ce succès qu'il convient d'admettre la capacité de l'entité nationale, antérieure à sa constitution en Etat indépendant.

§ 2. — LA RECONNAISSANCE DE BELLIGÉRANCE.

La reconnaissance de belligérance peut intervenir dans deux cas. Une province ou une colonie dépendant d'un Etat se soulève pour conquérir son indépendance. Ou bien sur le territoire d'un Etat, un gouvernement insurrectionnel s'empare du pouvoir et lutte contre le gouvernement régulier pour arriver à exercer la souveraineté sur l'ensemble du territoire national. Si les Etats étrangers placent le gouvernement de la province révoltée, ou le gouvernement insurgé sur le même pied que

1. Anzilotti, *Cours de Droit international*, t. I, p. 101.

le gouvernement légal, il y aura reconnaissance de belligérance.

Certains auteurs qui classent la reconnaissance de belligérance parmi les reconnaissances d'Etats, ont soutenu, qu'elle ne pouvait intervenir que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque l'on se trouvait en présence de mouvements sécessionnistes. Voici les arguments que l'on a fait valoir à l'appui de cette thèse.

Il est possible, dit-on, de reconnaître deux Etats établis sur deux parties différentes du même territoire. Mais on ne saurait reconnaître deux gouvernements en même temps, car « la reconnaissance du nouveau conteste chez l'ancien le droit à l'existence »¹. Mais sur ce point M. Noël-Henry a fait excellemment remarquer que même dans le premier cas, l'Etat ancien, aux prises avec un mouvement sécessionniste subsistait toujours dans ses limites primitives : reconnaître alors l'état de belligérance, c'était reconnaître en même temps deux gouvernements².

Voilà le premier argument — réfuté — et voici le second qu'ont invoqué MM. de Lapradelle et Politis³. Il est de règle que les Etats ne doivent pas s'ingérer dans la vie politique interne des autres Etats. C'est le principe de non-intervention. Or, il serait contraire à ce principe de faire bénéficier de la reconnaissance de belligérance un gouvernement insurgé non sécessionniste. Reconnaître la naissance d'un Etat nouveau à côté d'un Etat ancien, ce n'est pas intervenir dans sa vie politique interne, c'est constater l'autonomie de deux souverainetés distinctes. Mais en présence d'une souveraineté unique, mettre des insurgés sur un pied d'égalité avec le gouvernement légal, c'est, sans conteste s'immiscer dans les affaires intérieures de l'Etat qui se trouve aux prises avec la guerre civile. M. Noël-Henry a soutenu avec rai-

1. De Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, p. 397 et suiv.

2. Noël Henry, *op. cit.*, p. 198-199.

3. De Lapradelle et Politis, *op. cit.*, p. 399.

son que l'intervention existait dans les deux cas. En effet, tant que la sécession n'est pas consommée, l'Etat ancien subsiste avec ses limites inchangées et sa souveraineté indivisible. Un Etat nouveau prendra peut-être naissance si l'insurrection réussit; mais si elle échoue, il n'y aura rien de tout cela. L'Etat qui a vu le gouvernement de la colonie ou de la province révoltée reconnaître comme belligérant par les tierces puissances pourra se plaindre de la violation du principe de la non-intervention.

Pratiquement, la notion de reconnaissance de belligérance nous vient des Etats-Unis. La guerre de l'Indépendance en est une illustration. Les Américains furent reconnus comme belligérants par la France et l'Espagne, qui accueillirent dans leurs ports les navires insurgés, par la Prusse, dont le souverain ordonna que « les Américains soient reçus dans le royaume sur un pied d'amitié et d'égalité »; par la Hollande qui se refusa à livrer les prises que Paul Jones avait amenées au Texel. En revanche, la qualité de belligérants fut refusée aux Américains par le Portugal qui ordonna la fermeture de ses ports aux navires insurgés, par le Danemark qui livra à l'Angleterre les prises faites par les insurgés¹.

Il y avait eu reconnaissance de belligérance avant la lettre. Mais cette notion devait prendre un développement considérable au moment du conflit qui mit aux prises au début du XIX^e siècle Ferdinand VII, roi d'Espagne et ses colonies révoltées. La guerre qui remua l'Amérique espagnole posa aux tribunaux des Etats-Unis des points de droit difficiles : les rebelles sont-ils des pirates ? Voilà la question. Si on répond oui, les biens pris par eux pourront être revendiqués par leurs propriétaires originaires conformément à l'adage « *pirata non mutat dominium* ». La Jurisprudence consacra dès le début la règle que le pouvoir exécutif avait seul qualité

1. Moore, *A Digest of international Law*, 1906, I, p. 168 et 169.

pour dire si les rebelles devaient être considérés comme des belligérants¹.

De même, au début du xix^e siècle, les Grecs insurgés furent reconnus comme belligérants par le Gouvernement britannique. A cet égard, le ministre Canning répondit aux remontrances de la Porte au sujet des Grecs, que « la belligérance n'est pas tant un principe qu'un fait : l'existence de l'état de guerre »². D'autres exemples fort intéressants sont donnés par M. Noël-Henry, dans sa thèse remarquable consacrée aux gouvernements de fait devant le juge.

Les chefs d'insurgés reconnus comme belligérants constituent pour le juge tiers un véritable gouvernement qui doit être placé sur un pied d'égalité avec le gouvernement contre lequel il lutte, pour tout ce qui concerne la conduite de la guerre. Voilà les prérogatives essentielles de la belligérance. D'autre part, l'Etat qui l'accorde aura dans ses rapports avec les belligérants les droits et les obligations des neutres.

Le gouvernement reconnu comme belligérant pourra paraître en justice, contracter et invoquer les multiples immunités dont bénéficient les gouvernements reconnus : ses prises notamment couvertes par l'immunité seront à l'abri de toute revendication émanant des propriétaires originaires. Si la victoire reste entre ses mains, tous les actes qu'il aura accomplis depuis sa reconnaissance le lieront à l'égard des Etats tiers qui auront reconnu sa personnalité internationale.

Mais les juristes américains finirent par voir que reconnaître la belligérance dans une guerre civile, ce n'était pas seulement constater le fait matériel de la guerre, comme disait Canning, c'était surtout déclarer que la guerre civile devait être assimilée à une guerre internationale et donner un caractère légal à la guerre civile. C'est alors qu'apparut aux Etats-Unis une nouvelle forme de reconnaissance.

1. Aff. *Rose c. Himely*, Cour Suprême Fédérale, 1808, *Cranch's Reports*, t. IV, p. 241.

2. Moore, *Digest*, I, p. 164.

§ 3. — LA RECONNAISSANCE D'INSURRECTION.

La notion de reconnaissance d'insurrection a été développée aux Etats-Unis lors de l'affaire de l'Ambrose Light. La Colombie était en état de guerre civile et un corsaire insurgé avait été arrêté en haute-mer par la marine des Etats-Unis. Ce navire devait-il être considéré comme pirate ? Le juge Brown, de la Cour de District de New-York, décida qu'en l'absence de « toute reconnaissance des insurgés, le navire saisi, l'Ambrose Light, l'avait été à bon droit, comme entreprenant une expédition présentant les caractères techniques d'une expédition de pirate »¹.

Le jour même, M. Bayard, secrétaire d'Etat, dans une lettre à M. Becerra, ministre de Colombie, déclara qu'il tiendrait compte de l'état de guerre. Le juge Brown vit dans les déclarations de M. Bayard une reconnaissance implicite de belligérance, à laquelle il attribua un effet rétroactif, en ordonnant la mise en liberté du navire moyennant paiement des frais de procédure (24 avril 1885). Cette décision fut vivement critiquée par M. Bayard lui-même qui déclara qu'il y avait eu de sa part reconnaissance d'insurrection et non de belligérance².

Les Etats-Unis pratiquèrent la reconnaissance d'insurrection lors du mouvement révolutionnaire brésilien de l'amiral de Mello³ (2 novembre 1893) et de la guerre civile vénézuélienne.

Ainsi la Doctrine américaine a-t-elle soigneusement distingué la *piracy*, l'*insurgency*, la *belligerency*.

1. *Aff. United States c. The Ambrose Light*, Cour de District, pour le district du Sud de New-York, 1885, *Federal Reporter*, t. XXV, p. 408.

2. V. Noel Henry, *op. cit.*, p. 53.

3. Moore, *Digest*, I, p. 203.

CHAPITRE II

LES TENDANCES DE LA DOCTRINE MODERNE

Nous allons maintenant examiner les corrections que la Doctrine moderne et la Jurisprudence ont apportées à la théorie classique. Ces corrections concernent exclusivement les effets qu'il convient d'attribuer à la reconnaissance internationale des gouvernements et des Etats, et les conséquences qu'entraîne le défaut de reconnaissance en Droit international. La Doctrine moderne a accueilli sans changement les données de la théorie classique relatives aux divers types de reconnaissance.

Nous pouvons résumer d'un trait l'idée maîtresse qu'a mise en lumière la Doctrine moderne. Au regard du juge tiers, l'Etat ou le Gouvernement non reconnus n'ont pas de personnalité internationale, et il y a lieu sur ce point d'accepter les conclusions de la théorie classique. Par contre, le juge international, pour accorder ou refuser la personnalité internationale à un Etat ou à un Gouvernement tiendra compte exclusivement de leur existence de fait.

C'est donc uniquement au regard du juge tiers, c'est-à-dire du juge de l'Etat qui s'est abstenu de toute reconnaissance, que l'on peut définir l'Etat ou le Gouvernement futurs, l'Etat ou le Gouvernement qui n'ont pas encore été reconnus. Comme on le voit, la formule est générale; elle concerne aussi bien la reconnaissance de Gouvernement que la reconnaissance d'Etat. Il n'est pas

exact, en effet d'affirmer, comme le fait M. de Wisscher¹, que l'absence de reconnaissance d'un Gouvernement ne porte atteinte qu'à l'exercice de la souveraineté de l'Etat qu'il représente. Lorsque le Droit édicte une incapacité d'exercice, il désigne en même temps le représentant légal dont l'intervention mettra fin à cette incapacité. Or, en l'espèce, l'incapacité d'exercice de l'Etat dont le Gouvernement n'a pas été reconnu, ne comporte aucun correctif. Faut-il dire que l'on se trouve alors en présence d'une *interruption* de la personnalité internationale de cet Etat ? Nous aurions tendance à l'admettre, d'autant plus que l'existence de fait de l'Etat dont le Gouvernement n'a pas été reconnu suffira à justifier l'effet rétroactif de la reconnaissance ultérieure et la capacité de jouissance qui lui sera rétroactivement conférée.

En revanche, au regard du juge international, arbitre dans les conflits divisant les sujets du droit international public, ce qui importe, c'est la souveraineté de fait, c'est le fait qu'un Etat existe, qu'une collectivité vit sur un territoire déterminé et qu'elle est gouvernée par des organes autonomes. Le juge international appréciera justement si c'est à bon droit que la reconnaissance est refusée : il se basera pour accorder ou refuser la personnalité internationale sur le point de savoir si les éléments constitutifs de l'Etat se trouvent réunis.

Telles sont les idées directrices qui ont guidé la Jurisprudence des divers Etats et la Jurisprudence internationale.

Dans une première section, nous définirons l'attitude que doit prendre le juge tiers en présence de litiges mettant en discussion une question de reconnaissance internationale.

Une seconde section sera consacrée à l'examen du même problème, lorsqu'il se pose pour le juge international.

1. Charles de Visscher, « Les gouvernements étrangers en justice », ni *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1922, p. 149 et suiv.

Section I. — La reconnaissance des Etats et des gouvernements devant le juge tiers.

Pour la clarté de l'exposition, nous étudierons dans un premier paragraphe les effets de l'absence de reconnaissance, pour envisager dans un second paragraphe les effets de la reconnaissance lorsque elle est accordée par le Gouvernement dont dépend le juste tiers.

§ 1. — LE DÉFAUT DE RECONNAISSANCE.

En France, l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 a investi l'Exécutif d'un pouvoir exclusif en matière de négociation de traités. « Il agit, non plus dans le cadre de la loi, mais à côté de la loi. Il lui appartient d'interpréter ou de dénoncer les traités même s'il s'agit d'un traité ratifié par les Chambres. La reconnaissance des Gouvernements étrangers est un acte de Gouvernement.

Le Droit constitutionnel anglais et américain admet en la matière un contrôle du législatif sur l'exécutif ; mais ce contrôle ne joue pas précisément pour la reconnaissance des Gouvernements étrangers qui demeure une prérogative exclusive de l'exécutif.

Le juge, à défaut de reconnaissance devra s'abstenir. On a soutenu, il est vrai, que les effets de la non-reconnaissance n'étaient pas les mêmes suivant qu'il s'agissait de questions de politique ou de questions de Droit privé.

Les tribunaux pourraient, dans les procès mettant en jeu des questions de Droit privé, tenir compte des actes accomplis par des Etats ou des Gouvernements non reconnus dans cet ordre de choses. Ils ne devraient par contre faire aucun cas de ces entités dans la solution de problèmes d'ordre politique. On a critiqué à juste titre cette thèse. « La réserve qui s'impose au juge lorsqu'il s'agit d'affaires étrangères vient utilement renforcer l'ac-

tion diplomatique du Gouvernement. »¹ L'argument d'après lequel le juge a qualité pour constater les faits internationaux n'est pas pertinent. La reconnaissance d'un Etat ou d'un Gouvernement étrangers est un acte essentiellement politique. Le point de vue juridique est fonction du point de vue politique. Le juge tiers ne pourra par aucun moyen suppléer à l'absence de reconnaissance. Bien plus, le juge tiers ne devra tenir compte que d'une reconnaissance expresse. Il ne prendra pas en considération de simples relations officieuses qui sont précisément exclusives de toute reconnaissance.

Quelles seront les conséquences que le juge tiers tirera du défaut de reconnaissance ? Elles sont fort nombreuses².

Le Gouvernement non reconnu n'a l'exercice ni de la personnalité juridique, ni de la souveraineté de l'Etat qu'il prétend représenter. Il ne peut ester en justice, ni comme demandeur, ni comme défendeur. Les contrats qu'il passe sont entachés de nullité. Il ne jouit d'aucune des immunités qui sont accordées en règle générale aux Gouvernements étrangers. Selon M. Noël-Henry, un Gouvernement non reconnu n'aurait pas droit à l'immunité de juridiction. Le juge tiers serait compétent pour statuer sur les demandes dirigées à son encontre. La Cour de New-York a cependant admis la thèse contraire dans une affaire, *Wulfsohn contre Russian Socialist Federated Soviet Republic*.

L'immunité de juridiction est également refusée aux agents du Gouvernement non reconnu, poursuivis pour des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Le juge tiers ne tiendra pas compte des actes de souveraineté d'application individuelle d'ordre administratif ou judiciaire émanés des Gouvernements non reconnus. Les actes administratifs relatifs aux personnes physiques (passeports, visas, actes de l'état civil, décrets de dénationalisation soviétiques) ou aux personnes mo-

1 Noël Henry, *op. cit.*, p. 90.

2. Noël Henry, p. 125 et suiv.

rales (création de corporations nouvelles, dissolution de corporations, sociétés ou associations anciennes) seront considérés comme nonavenus. Les mesures de confiscation prises par le Gouvernement non reconnu, ne pourront être qualifiées d'actes de souveraineté et ne pourront dès lors opérer un transfert valable de propriété. Les obligations des personnes entre les mains desquelles se trouveront les biens confisqués seront déterminés par la règle « *res perit domino* » en cas de dépôt, mais non en cas de prêt. Les confiscations maritimes n'auront guère plus de valeur. Les prises faites par un Gouvernement non reconnu pourront être revendiquées par les propriétaires originaires, entre les mains des tiers acquéreurs. Les décisions de justice rendues au nom du Gouvernement non reconnu ne jouiront pas de l'autorité de la chose jugée.

Le juge tiers devra adopter une attitude semblable à l'égard des actes de souveraineté généraux accomplis par le Gouvernement non reconnu, dans l'ordre législatif notamment : en présence d'un Gouvernement non reconnu d'un Etat reconnu, il appliquera exclusivement aux ressortissants de cet Etat les lois et décrets en vigueur au moment où le Gouvernement nouveau s'est emparé du pouvoir, parce que seule cette législation est l'œuvre d'une autorité légale à ses yeux. S'il s'agit d'un Gouvernement non reconnu d'un Etat non reconnu, le juge fera application des lois de l'Etat nouveau dont cet Etat nouveau prétend s'être séparé. L'Etat ancien subsiste avec ses frontières premières à l'intérieur desquelles il n'y a de place que pour une souveraineté unique.

Ces principes sont admis par la Jurisprudence des différents Etats. La règle d'après laquelle la reconnaissance d'un Gouvernement étranger est un acte essentiellement gouvernemental que le pouvoir judiciaire ne saurait ni censurer ni suppléer, a été posée en Angleterre par Lord Eldon en 1804, et aux Etats-Unis par le Chief Justice Marshall en 1808. En France et en Angleterre, une thèse différente parut l'emporter au moment du con-

flit qui mit aux prises M. Balmaceda, président du Chili et les Congressistes chiliens. Rappelons les faits¹ : à la suite du coup d'Etat du président Balmaceda, au mois janvier 1891, les chefs du Parlement chilien, ou Congrès, formèrent à Iquique une junte ou Gouvernement provisoire qui représentait la légalité tenue en échec par un président violateur de la Constitution de son pays. La flotte chilienne, sur une note signée des présidents des Chambres, avait déclaré qu'elle ne devait plus obéissance à M. Balmaceda. Ce dernier voulut alors se mettre en possession de navires de guerre commandés en France en 1889 à la Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée. Il envoya une mission militaire en France. De leur côté, MM. Matte et Rosse, dépêchés en France par les congressistes, introduisirent une demande devant le Tribunal civil de la Seine pour obtenir la remise des vaisseaux commandés par le Chili, puis assignèrent en référé pour en obtenir la mise sous séquestre. Ils obtinrent satisfaction en première instance, mais sur appel, la mesure fut rapportée. Dans les conclusions qu'il prit dans cette affaire, l'avocat général Sarrut revendiqua pour les tribunaux français le droit d'examiner eux-mêmes à qui appartient l'exercice de la souveraineté dans un Etat étranger. Il déclara trop absolue la thèse du ministre accrédité par M. Balmaceda, lequel avait soutenu que le Gouvernement congressiste n'ayant pas été officiellement reconnu par le Gouvernement français était sans existence légale. « C'est le fait qu'il faut constater ». En fait, Sarrut conclut que le Gouvernement congressiste n'avait pas l'exercice de la souveraineté de l'Etat chilien.

La jurisprudence anglaise adopta une attitude analogue. Elle dénia aux agents du gouvernement provisoire la faculté de parler au nom du Chili : C'était le Président Balmaceda qui, suivant le *Times* du 13 juillet 1891, était resté le « technical head of the Chilian Executive ».

1. Affaire du conflit et des navires chiliens en Europe, in *Journal de Droit international privé Clunet*, 1891, p. 868.

A Londres, devant la Chancery Division, MM. Matte et Ross, au nom de la République du Chili, avaient fait défense à MM. Rothschild et Baring de se départir de toutes sommes déposées entre leurs mains et figurant soit au crédit de la République du Chili, soit à celui de tout fideicommissaire ou agent, à moins que ceux-ci ne soient accrédités comme tels par le Sénat et la Chambre des députés. Le juge Kekewich estima que la Cour ne pouvait reconnaître aucun droit aux demandeurs pour agir sous le nom de République du Chili. Cependant, quand par la déroute du dictateur Balmaceda, le Gouvernement congressiste apparut comme un gouvernement de fait incontestable, la justice anglaise accueillit les demandes introduites devant elle, alors même que le Gouvernement de la Grande-Bretagne n'avait pas encore reconnu officiellement le Gouvernement congressiste. Les 2 et 9 septembre 1891, devant la High Court of Justice, MM. les Juges Collins et Jeune, en raison du fait que la junte était maintenant de fait et de droit le gouvernement du Chili, accordèrent à MM. Matte et Ross l'autorisation de faire saisie-arrêt au nom de la République du Chili.

Après la guerre, une tendance nouvelle s'est manifestée en France et en Angleterre. Le Gouvernement français ayant décidé d'ignorer (jusqu'en 1924) le Gouvernement soviétique, les tribunaux français adoptèrent la même attitude et conclurent à la négation juridique de ce gouvernement. Les jurisprudences italienne et suisse accueillirent le point de vue français. De leur côté, les juges britanniques revinrent bientôt à la doctrine de Lord Eldon et s'inspirèrent des directives du Foreign Office, qu'il s'agisse de statuer sur la capacité des Etats nouveaux constitués en bordure de l'ancien Empire russe ou sur celle du Gouvernement soviétique.

Quant à la jurisprudence américaine, elle resta fidèle au début à la thèse du Chief Justice Marschall et fit application de ces principes aux gouvernements soviétique et mexicain non reconnus. Mais un revirement sensationnel se produisit en 1923. La Cour d'Essex (Massachus-

sets) autorise un agent du général Obregon à ester en justice au nom de l'Etat mexicain bien que le gouvernement Obregon ne soit pas reconnu, en déclarant qu'il est sur le point de l'être ¹. La Cour des appels de l'Etat de New-York reconnaît au Gouvernement soviétique l'immunité de juridiction ². Il faut surtout citer la décision du juge Cardozo du 25 novembre 1924 ³ (affaire Sokoloff contre National City Bank of New-York) qui consacre la validité « quasi-gouvernementale » des actes accomplis par le gouvernement non reconnu. Une banque américaine était-elle tenue de faire face à ses engagements vis-à-vis de personnes dont les fonds déposés à la succursale de cette banque en Russie avaient été confisqués par le Gouvernement soviétique ?

« Nous ne trouvons, dit la Cour, dans l'acquiescement de l'engagement en question aucune injustice ni lésion de l'ordre public, qui pourraient nécessiter une exception à la règle que des actes ou décrets qu'on pourrait qualifier d'actes gouvernementaux doivent émaner d'un pouvoir reconnu comme gouvernement *de facto*. »

La raison de ce revirement fut la crainte de rendre des jugements en opposition flagrante avec les faits. Les tribunaux américains ont craint également de voir leurs décisions infirmées par les juridictions étrangères. Ainsi dans l'affaire Russian Reinsurance C^o contre Bankers Trust C^o ⁴, la société demanderesse avait déposé des fonds à la B. T. C^o défenderesse, en vue de servir de garantie à ses assurés américains. Ayant exécuté ses engagements, la R. R. C^o demandait la restitution de ses dépôts. La B. T. C^o s'y opposait en déclarant que la R. R. C^o n'avait plus la personnalité juridique, par suite de la nationalisation des sociétés russes. Le tribunal,

1. Wright, « Suits brought by Foreign States with unrecognized governments », *American Journal of international Law*, 1923, p. 743-744.

2. Aff. Wulfsohn c. Russian Socialist Federated Soviet Republic, Cour Suprême de New-York, 1922, Division d'appel, 1922, et Cour des appels, 1923, New-York, *Supplément*, t. 192, p. 282, t. 195, p. 472; t. 234, p. 372.

3. *Journal du Droit international privé Clunet*, 1925, p. 445.

4. Division d'appel de la Cour Suprême de New-York, 1925, *Journal du Droit international privé Clunet*, 1925, p. 1070.

écartant l'application des décrets de nationalisation soviétique décida que la société demanderesse avait qualité pour ester en justice, mais il se garda bien d'ordonner la restitution des fonds déposés, la Bankers Trust C^o pouvant ultérieurement faire l'objet d'une action en justice introduite par le Gouvernement soviétique.

§ 2. — LES EFFETS DE LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE.

Nous renvoyons sur ce point à la thèse remarquable de M. Noël-Henry, dont nous nous bornerons ici à rappeler les conclusions¹.

Dès que le gouvernement d'un Etat ancien ou nouveau est reconnu, il a, au regard du juge tiers, l'exercice de la personnalité juridique et de la souveraineté de l'Etat dont il est le représentant. En raison du caractère absolu de l'incapacité d'exercice de l'Etat dont le gouvernement n'a pas été reconnu, nous dirons que la reconnaissance met fin à l'interruption qui s'était produite pour l'Etat étranger dans la jouissance de la personnalité juridique, par suite du défaut de reconnaissance.

L'Etat reconnu et les personnes morales de droit public qui en dépendent auront également la personnalité juridique internationale.

L'Etat reconnu pourra ester en justice. La valeur juridique des contrats passés par lui sera à l'abri de toute contestation. Ses actes seront opposables à lui-même et à ses successeurs. Il bénéficiera de l'immunité de juridiction et ses biens seront insaisissables. Ses actes administratifs visant les personnes physiques (décrets de dénationalisation soviétiques) ou les personnes morales (création de sociétés nouvelles, dissolution de corporations anciennes), seront parfaitement valables. La légalité des mesures de confiscation prises par lui ne pourra être mise en doute. Les décisions de justice rendues au nom du gouvernement reconnu auront l'autorité de la chose

1. Noël Henry, *op. cit.*, p. 145.

jugée et pourront se voir conférer l'exequatur suivant les règles admises par le Droit international privé. Suivant les mêmes règles, dans les conflits de lois, le juge tiers fera application de la législation émanée du gouvernement reconnu.

Mais l'application des lois et des actes de l'Etat étranger par le juge tiers sera nécessairement limitée par la notion d'ordre public de l'Etat tiers. Ainsi la reconnaissance par le Gouvernement français du Gouvernement de la République Socialiste russe, ne saurait avoir pour effet de rendre applicable en France, la législation instaurée en Russie, depuis 1918, toutes les fois qu'elle est contraire aux principes généraux du Droit français et à l'ordre public en France, et notamment toutes les fois qu'elle méconnaît, en dehors des exigences de l'intérêt public, le droit de propriété privée¹.

Lorsque le gouvernement reconnu représente un Etat nouvellement constitué, sa reconnaissance s'applique également à cet Etat dont les ressortissants auront désormais une nationalité propre.

La jurisprudence des Etats n'a fait généralement pas de différence entre les effets juridiques de la reconnaissance *de facto* et ceux de la reconnaissance *de jure*. Aux Etats-Unis, les tribunaux américains ont reconnu au gouvernement mexicain de Carranza, reconnu *de facto*, le droit d'ester en justice². En Angleterre, le juge Hill, de la Division d'Amirauté de la Haute Cour reconnu au Conseil national esthonien le droit à l'immunité diplomatique³. En ce qui concerne la reconnaissance *de facto*

1. Cour de Bordeaux, 2 janvier 1928; Cour de Paris, 13 juin 1928, et la note J.-P. Niboyet, *Revue de Droit international privé*, 1929, p. 93. — Les tribunaux français ont été cependant amenés à ordonner la mise sous séquestre des éléments d'actif appartenant en France aux sociétés russes expropriées par le gouvernement soviétique, en vue de sauvegarder les droits des créanciers français et étrangers. V. Trib. commerce de la Seine, 20 janvier 1936, *Revue critique de Droit international*, 1937, p. 117. Cf. Bruxelles 11 juillet 1936, *ibidem*, p. 121.

2. Aff. State of Yucatan c. Argumedo, cité par Wright, *op. cit.*, p. 744, n° 2.

3. Aff. West Russian Steamship Co c. The Gagara, *Law Reports*, 1919, Probate, p. 95.

du Gouvernement soviétique, la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt Luther contre James Sagor¹ a également assimilé la reconnaissance *de facto* à la reconnaissance *de jure* au point de vue de leurs effets juridiques. Quant à la jurisprudence italienne, elle a, au contraire, tendance à priver d'efficacité juridique la reconnaissance *de facto*.

*
**

Des données qui précèdent se dégage l'idée qu'un Etat dont le gouvernement n'est pas reconnu est une véritable « personne future » du Droit international public, aux yeux du juge tiers. Quelle est la capacité de cette personne future, ou pour donner au problème une forme plus classique, la reconnaissance comporte-t-elle un effet rétroactif, de telle sorte qu'elle produise effet, non pas du jour où elle intervient, mais du jour où a pris le pouvoir le gouvernement qui en bénéficie ?

La jurisprudence américaine et anglaise répond affirmativement, en invoquant le précédent donné par le juge Field dans l'affaire William contre Bruffy². Field, examinant le cas où des insurgés voient le succès couronner leurs efforts, et envisageant plus particulièrement la situation des Etats américains après la guerre de l'Indépendance s'exprima en ces termes : « La validité des actes accomplis par le Gouvernement insurgé au regard de l'Etat parent et de ses citoyens dépend entièrement de son succès final. S'il ne parvient pas à s'établir d'une façon permanente, tous ses actes périssent avec lui. S'il réussit et obtient sa reconnaissance, ses actes depuis le commencement de son existence sont maintenus comme ceux d'une nation indépendante ».

Bien qu'en l'espèce, le juge Field ait statué comme juge interne, les tribunaux américains ont fait application de ces précédents alors qu'ils avaient à statuer comme juges tiers, dans trois affaires. (Underhill contre

1. Aff. Luther c. James Sagor, Cour d'appel, 12 mai 1921, réformant Cour du Banc du Roi, 21 décembre 1920, *Journal du Droit international privé Clunet*, 1924, p. 236.

2. Cour Suprême Fédérale, 1877, *United States Reports*, t. 96, p. 176.

Hernandez ¹, Oetjen contre Central Leather C^o ², Ricaud et Al, contre The American Metal C^o.) ³.

Les juges anglais, à qui était soumis le point de savoir quels effets pouvait avoir dans le passé la reconnaissance par le Gouvernement britannique du Gouvernement soviétique, purent constater l'absence d'une jurisprudence proprement anglaise en la matière. Dans le procès Luther contre James Sagor, devant la Cour d'appel, le Lord Justice Banks affirma la nécessité d'appliquer les solutions données par la Cour suprême des Etats-Unis ⁴. En fait, les juges anglais s'étaient rendu compte des répercussions malheureuses qu'aurait eues l'admission de la revendication du propriétaire originaire, sur le traité secret du 16 mars 1921 consacrant la reprise des relations commerciales anglo-russes. Dans une note adressée à Lord Curzon, ministre du Foreign Office, le représentant du Gouvernement soviétique Tchitchérine s'exprimait en ces termes : « La confirmation par un tribunal plus élevé du jugement rendu dans l'affaire Sagor, rendrait inutile l'accord commercial et serait un motif légitime pour son annulation immédiate » ⁵.

Pour justifier cet effet rétroactif de la reconnaissance, la doctrine s'est basée sur l'idée que cet acte serait par sa nature d'une valeur simplement déclarative. Mais M. Noël-Henry a fait observer que les pouvoirs politiques ne peuvent disposer que pour l'avenir. Certes, la reconnaissance est la constatation d'un effet et ses effets doivent normalement rétroagir jusqu'à la naissance de ce fait. Mais seul le juge international peut se placer sur le terrain de l'effectivité. Aux yeux du juge tiers, la reconnaissance est un acte attributif et comme tel ne saurait comporter aucun effet rétroactif.

Nous reconnaitrons cependant à la reconnaissance in-

1. Cour Suprême Fédérale, 1897, *United States Reports*, t. 168, p. 250.

2. Cour Suprême Fédérale, 1918, *United States Reports*, t. 248, p. 297.

3. Cour Suprême Fédérale, *United States Reports*, t. 246, p. 304.

4. Cour d'appel, 12 mai 1921, réformant Cour du Banc du Roi, 21 décembre 1920, *Journal du Droit international privé Clunet*, 1924, p. 236.

5. *Times* du 9 février 1921.

ternationale un effet rétroactif. Les pouvoirs politiques ont qualité pour déterminer les effets dans le passé des décisions qu'ils prennent et il est certain que dans les rapports entre l'Etat qui reconnaît et l'Etat reconnu, cette reconnaissance a une valeur déclarative. On peut dire dès lors qu'elle a pour but d'*habiliter le juge à tenir compte de l'effectivité* sans qu'il ait à se préoccuper de l'époque à laquelle la reconnaissance est intervenue.

La reconnaissance aura donc pour effet de valider les actes antérieurs.

a) Si le gouvernement reconnu a intenté une action en justice antérieurement à sa reconnaissance, sa demande sera accueillie, en raison de l'inutilité d'une procédure nouvelle (State of Yucatan contre Argumedo) ¹.

b) De même si le gouvernement reconnu revendique le droit à l'immunité pour lui-même (Oliver American Trading C^o contre Government of Mexico and National Railways of Mexico) ² pour un de ses représentants (Underhill contre Hernandez ³) ou pour ses actes (Luther contre James Sagor, Cour d'appel ⁴), le juge devra considérer exclusivement la situation juridique existante au moment où il statue, sans avoir à rechercher quelle était la condition de ce gouvernement au début de l'instance ou à l'époque où sont intervenus les actes incriminés. L'immunité est en effet basée sur cette règle que le recours diplomatique doit jouer de préférence au recours judiciaire toutes les fois qu'il est possible.

c) Le juge pourra parfaitement tenir compte des actes de souveraineté généraux accomplis antérieurement à la reconnaissance. Il appliquera en bloc la législation en vigueur au moment de la reconnaissance.

Mais les droits acquis antérieurement à la reconnaissance demeurent intangibles, pour une raison majeure

1. Cour Suprême de New-York, 1915, *New-York Supplément*, t. 157, p. 219.

2. V. Dickinson, « Recent Recognition Cases », 1925, in *American Journal of international Law*, 1925, p. 263.

3. Cour Suprême Fédérale, 1897, *United States Reports*, t. 168, p. 250.

4. *Journal du Droit international privé*, 1924, p. 236.

de sécurité juridique. Les jugements déjà rendus conserveront l'autorité de la chose jugée. Il en résultera parfois des conséquences fort critiquables. M. Dickinson¹ a fait notamment remarquer que les particuliers lésés par les actes d'un gouvernement étranger auront un sort plus ou moins favorable suivant que les tribunaux statueront avant ou après la reconnaissance. Ainsi la reconnaissance du Gouvernement soviétique n'a pas eu de répercussions sur la personnalité dont avaient continué à jouir les associations dissoutes.

De même, la reconnaissance d'un gouvernement nouveau n'a aucune influence sur celle dont avait fait l'objet son adversaire pendant le cours des hostilités. Les contrats passés avec ce dernier conservent leur efficacité juridique. Enfin, la reconnaissance ne saurait valider un acte antérieur contraire à l'ordre public territorial puisque le caractère délictueux d'une infraction doit être apprécié au moment où elle est commise. Aux termes de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, un contrat passé avec un général chef d'un gouvernement insurgé, demeurerait illégal, malgré la reconnaissance ultérieure dont ce gouvernement a fait l'objet. M. Noël-Henry a justement approuvé cette solution, qui est d'une moralité juridique incontestable. Si l'on admettait la solution inverse, rien ne serait plus interdit à celui qui réussit. Il arrivera cependant que pour des motifs d'opportunité politique, on fasse prévaloir la règle de droit aux termes de laquelle une disposition rétroagit toutes les fois qu'elle fait disparaître le caractère délictueux d'un fait juridique.

On peut donc résumer ces développements en disant que la reconnaissance a un effet rétroactif sans qu'elle puisse porter atteinte aux droits acquis. Telles sont les limites au regard du juge tiers de la capacité accordée aux gouvernements et aux Etats futurs.

*
**

1. « Les gouvernements ou Etats non reconnus en Droit anglais et américain », in *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1923, p. 145.

A quelle date précise remontent les effets de la reconnaissance ? La question s'est posée à propos de la reconnaissance *de facto* du Gouvernement soviétique par le Gouvernement de la Grande-Bretagne. Dans l'affaire Luther contre James Sagor, le point a été posé, mais n'a pas été résolu. « Considérant, dit la Cour, qu'il résultait de la communication du Foreign Office que le Gouvernement soviétique avait commencé son existence à une date antérieure à toute date essentielle au jugement de l'affaire... ».

Dans l'affaire White, Child and Beney Ltd contre Eagle Star and British Dominions Company¹, le juge Roche, de la Cour du Banc du Roi, ayant à examiner ce problème, adressa une demande de renseignements au Foreign Office, à laquelle il fut répondu d'une manière évasive par une lettre du 10 juin 1921, qui contenait le passage suivant : « Il n'est pas possible au Gouvernement de Sa Majesté de dire dans quelle mesure, cette reconnaissance est rétroactive et rend valables les actes émanant du Gouvernement soviétique, ces questions relevant des tribunaux. Devant la réserve de son gouvernement, le juge Roche décida que les faits incriminés avaient toute l'apparence de faits de « révolution et d'autorité militaire et usurpée ». La Cour d'appel infirma cette décision, en décidant que l'acte était une confiscation du Gouvernement soviétique dont l'autorité sur la Russie devait être reconnue comme autorité gouvernementale depuis le 14 novembre 1917.

Section II. — La reconnaissance des Etats et des gouvernements devant le juge international.

A la différence du juge tiers, le juge international a une liberté d'action et d'opinion absolue. Dans un litige auquel un Gouvernement ou un Etat non reconnus sont parties, il peut et il doit examiner si la reconnaissance a

1. Cour du Banc du Roi et Cour d'appel, 1922, *Journal du Droit international privé Clunet*, 1924, p. 221.

été justement accordée ou refusée. Pour ce faire, il n'aura pas à se préoccuper des origines révolutionnaires ou pacifiques, légales ou illégales de ce gouvernement ou de cet Etat. Il ne tiendra pas compte de ses méthodes politiques. Mais il examinera uniquement si ce gouvernement a une autorité effective, si cet Etat a une autonomie réelle. Si leur « effectivité » est certaine, le défaut de reconnaissance n'influera nullement sur leur existence internationale. Pour se prononcer, le juge international devra s'inspirer de certaines règles adoptées par la pratique internationale. Il devra déclarer illégale la reconnaissance d'un gouvernement qui ne domine pas la capitale et consacrer la validité de la reconnaissance d'un gouvernement qui ne domine que la métropole. La reconnaissance comme Etat indépendant de colonies ou de provinces révoltées ne pourra intervenir qu'après la fin complète des hostilités. Le professeur Hall a fait remarquer à cet égard que la reconnaissance des Républiques hispano-américaines par les Etats-Unis et l'Angleterre après l'achèvement de la lutte peut être citée comme un exemple parfait de reconnaissance légale¹. La plus grande circonspection s'impose aux Etats qui voient une nation voisine déchirée par la guerre civile ou par un mouvement sécessionniste. En attendant l'issue du conflit, ils ne devront pas modifier leur attitude à son égard.

Ils peuvent légalement prêter assistance au gouvernement régulier en lutte contre les rebelles. S'ils se refusent à le faire et observent une stricte neutralité à l'égard des partis en présence, ils accordent alors tacitement aux insurgés la reconnaissance de belligérance. C'est ce qu'a remarquablement mis en lumière le Professeur G. Palladore Pallieri dans son étude intitulée : « *Quelques aspects juridiques de la non-intervention en Espagne* »².

1. Hall, *International Law*, 4^e édit., p. 90-93.

2. G. Palladore-Pallieri, « Quelques aspects juridiques de la non-intervention en Espagne », in *Revue du Droit international et de Législation comparée*, 1937, p. 285.

Telles sont les règles que le juge international devra appliquer lorsqu'il se trouvera en présence d'un Etat ou d'un gouvernement non reconnu. Cependant, il sera obligé de s'inspirer de principes différents lorsque ce seront des personnes artificielles du droit des gens qui plaideront devant lui. Ces personnes ne sont régies par les règles du Droit international que parce que les Etats faisant partie de la communauté internationale le veulent bien. Le juge international ne pourra dès lors suppléer au défaut de reconnaissance, car seule celle-ci peut conférer à une institution une valeur internationale qu'elle ne possède pas par elle-même¹. Cette reconnaissance est une concession gracieuse, un acte bénévole de la part de la puissance qui l'accorde. Il est certain que la Papauté, de 1870 aux Accords de Latran, était une personne artificielle du droit des gens, dont la capacité dépendait au regard de chaque puissance de la portée de la reconnaissance dont elle avait fait l'objet. Nous ne dirons rien de plus des personnes artificielles du Droit international public et nous examinerons dans deux paragraphes distincts comment le problème se pose pour le juge international suivant que la reconnaissance de l'Etat ou du Gouvernement, parties au litige qui lui est soumis, a été accordée ou refusée.

§ 1. — LA RECONNAISSANCE A ÉTÉ ACCORDÉE.

Si le juge international estime que la reconnaissance était régulière, il devra décider que les actes accomplis par ce gouvernement justement reconnu engageront la responsabilité de l'Etat représenté. Il en sera ainsi même pour les infractions au droit des gens dont ce gouvernement se sera rendu coupable.

Ce point est hors de discussion si la reconnaissance était déjà accordée au moment où se sont produits les

1. V. Gilbert Gidel, *Revue générale de Droit international public*, 1911, t. XVIII, p. 604 et suiv.

faits incriminés. Mais *quid* si la reconnaissance est intervenue postérieurement à ces faits ? En raison de sa valeur déclarative, la reconnaissance portera ses effets depuis l'époque où elle pouvait et devait être accordée : ici joue le principe de l'effectivité. Mais peut-on aller plus loin et soutenir que les effets de la reconnaissance doivent remonter jusqu'aux origines de ce Gouvernement ? La solution négative doit, selon nous, l'emporter. Un Etat qui se forme par voie de sécession violente n'existe qu'à partir du moment où les hostilités ont pris fin. M. Noël-Henry a signalé notamment qu'après la guerre de l'Indépendance américaine, la Commission mixte de Philadelphie, constituée en vertu de l'article 6 du traité Jay, ayant à juger si un ressortissant de l'Etat de Pensylvanie, Andrew Allen, avait conservé en 1778 la nationalité britannique ou s'il était devenu citoyen américain depuis 1776, dès le moment de la déclaration de l'Indépendance. Il fut décidé que jusqu'à la signature du traité de Paris en 1783, les Etats de l'Amérique du Nord avaient continué à faire partie intégrante des possessions britanniques¹.

MM. de Lapradelle et Politis, apportant un tempérament à cette absence d'effet rétroactif, ont soutenu d'ailleurs que la reconnaissance d'Etat au regard du juge international aurait un effet rétroactif si les insurgés ont été reconnus comme belligérants par la métropole.

L'effectivité de l'existence politique de l'Etat nouveau sera donc nécessaire pour baser la décision du juge international. Mais cette effectivité sera une condition suffisante. Il convient de citer à cet égard la décision du Tribunal arbitral mixte germano-polonais du 1^{er} août 1929, dans une affaire, Société Deutsche continentale Gas-Gesellschaft de Dessau contre l'Etat polonais².

1. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, p. 24.

2. Hans Herz, « Le problème de la naissance de l'Etat et la décision du Tribunal arbitral mixte germano-polonais du 1^{er} août 1929 », in *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1936, p. 564.

Avant la guerre, la société possédait des biens à Varsovie. En 1923, ces biens avaient été liquidés au profit de l'Etat polonais par décret d'un Comité de Liquidation créé par l'Etat polonais pour la liquidation des biens allemands en Pologne. L'Etat polonais avait invoqué l'article 297 du traité de Versailles, aux termes duquel « les puissances alliées et associées, se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant à la date de la mise en vigueur du traité, à des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par eux sur leurs territoires, dans leurs colonies, etc., y compris les territoires qui leur ont été cédés en vertu des traités de paix ».

La Société allemande se crut en droit de soutenir que la Pologne à la date de la mise en vigueur du traité de Versailles ne possédait pas encore de territoire au sens de l'article 297, sinon celui qui venait de lui être cédé par le traité lui-même. Quant au territoire de « la Pologne du Congrès », où se trouvait Varsovie, il appartenait encore à la Russie : la Pologne n'avait acquis les droits de souveraineté sur ce territoire qu'à la suite de la cession qui lui fut ultérieurement consentie par l'Etat dont ce territoire faisait précédemment partie, c'est-à-dire la Russie. L'Etat polonais ne pouvait donc invoquer l'article 297 du traité. Cette thèse audacieuse fut accueillie par l'arbitre allemand Bruns. D'après lui, entre 1920 et 1923, l'Etat Polonais n'était formé que des provinces cédées par l'Allemagne et l'Autriche, tandis qu'au cœur même de la Pologne, à Varsovie, c'étaient juridiquement les Russes qui gouvernaient encore.

Le Tribunal mixte adopta une solution plus conforme aux exigences du Droit international. Il partit de la constatation qu'en novembre 1918 l'Etat polonais existait *de facto*. Il disposait d'un territoire englobant la Pologne du Congrès et la Galicie Occidentale. Constater cet état de fait, c'était constater que l'Etat polonais existait à cette date avec son *territoire*, dont seules les limites orientales furent précisées par le traité de Riga et la conférence des Ambassadeurs.

Ainsi donc, aux termes de la Coutume internationale, un nouvel Etat existe à partir du moment où une puissance indépendante s'est formée « qui peut dans l'ensemble faire respecter d'une façon permanente l'ordre établi par elle sur un certain territoire ». Cette règle a trouvé pour la première fois son expression conventionnelle dans la Déclaration des Droits et Obligations des Etats, convention conclue à la Conférence panaméricaine de Montevideo, le 26 décembre 1933. Aux termes de l'article premier de cette convention, « l'Etat, comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : 1° Population permanente, 2° Territoire déterminé, 3° Gouvernement, 4° Capacité d'entrer en relations avec les autres Etats ». C'est le principe de l'effectivité de la souveraineté. L'article 3 de la convention de Montevideo spécifie que « l'existence politique de l'Etat est indépendant de sa reconnaissance ».

Nous rappellerons, pour terminer ce paragraphe, que s'il s'agit de la formation d'un nouveau Gouvernement dans un Etat reconnu, ce Gouvernement n'existe au regard du droit des gens que lorsqu'il est général. Les autres Etats ne seront tenus de le reconnaître qu'à partir de ce moment.

§ 2. — LA RECONNAISSANCE A ÉTÉ REFUSÉE.

Nous ne suivrons pas ici M. Noël-Henry dans sa thèse aux termes de laquelle tout membre de la communauté internationale a le droit de se prononcer arbitrairement sur la souveraineté et la personnalité d'un *nouvel Etat*. Nous pensons au contraire que pour les *Etats nouveaux*, comme pour les Gouvernements nouveaux, le juge international ne doit baser sa conviction que sur les seuls éléments tirés de la réalité politique de l'Etat ou du Gouvernement nouveau, indépendante de toute reconnaissance.

Et voilà pourquoi, un Etat peut être responsable des

actes accomplis par son Gouvernement non reconnu. La Jurisprudence internationale avait d'abord décidé que le fait que le Gouvernement auteur de l'acte incriminé n'avait pas été reconnu constituait une fin de non recevoir à l'examen des réclamations des Etats qui ne l'avaient pas reconnu. Ainsi, les Commissions américo-mexicaine de 1868, américo-vénézuelienne de 1903, ont considéré l'absence de reconnaissance comme une fin de non recevoir. Mais la thèse adverse a triomphé à la suite de la décision prise par l'arbitre Taft dans l'affaire des réclamations britanniques contre Costa-Rica ¹. L'arbitre n'admit pas la fin de non recevoir tirée du refus de reconnaissance émané du Gouvernement britannique.

Le juge international devra donc examiner si la reconnaissance a été justement ou injustement refusée. Si la reconnaissance a été injustement refusée, l'Etat qui était tenu de reconnaître verra son action rejetée : on peut penser d'ailleurs que cette sorte de pénalité est contraire aux principes juridiques et que le juge ne doit pas renoncer à rechercher la responsabilité de l'Etat qui n'a pas été reconnu. Si, au contraire, la reconnaissance a été justement refusée, il faudra distinguer suivant que le Gouvernement contre lequel la réclamation a été portée est un Gouvernement général ou un Gouvernement régional. Dans le premier cas, la responsabilité de l'Etat sera engagée. Par contre, les actes accomplis par un Gouvernement sécessionniste ne sont pas opposables à l'Etat ancien. Toutefois, si le mouvement insurrectionnel a abouti à la formation d'un nouvel Etat, c'est ce nouvel Etat qui sera tenu des obligations contractées par les insurgés.

Ainsi, les Commissions mixtes américo-mexicaines de 1839 et 1849 décidèrent que le Mexique était tenu de satisfaire aux engagements pris par les représentants du Gouvernement mexicain au cours de sa guerre d'Indépendance contre l'Espagne. Une solution identique fut

1. *British Year Book*, 1925, p. 199.

donnée dans une affaire, Idler, par la Commission mixte américo-vénézuelienne, constituée par la convention du 5 décembre 1885¹. Il semble d'ailleurs que la reconnaissance de l'activité gouvernementale du parti insurgé depuis le début de son existence soit la contre-partie nécessaire de sa responsabilité.

*
**

Nous avons vu que le juge international doit tenir compte presque exclusivement des éléments de fait qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent d'affirmer la réalité internationale d'un Etat ou d'un Gouvernement. Une autorité qui existe est par là même une autorité légitime. Est-il besoin d'ajouter qu'une évolution du Droit international sur ce point serait souhaitable : le principe de l'effectivité devrait faire place au principe de la légalité². La constitution d'un Etat ou d'un Gouvernement nouveaux devrait être réglée par une procédure légale, définie par le Droit international.

Antérieurement à la signature du traité de Versailles, des efforts avaient déjà été tentés dans ce sens. Le Pacte de la Sainte-Alliance de septembre 1815 disposait que les Etats qui y étaient parties s'engageaient à ne reconnaître aucun Etat ou Gouvernement constitué en violation des principes monarchiques. Nous avons parlé d'autre part de la doctrine du Dr Tobar et de la politique de non-reconnaissance suivie par le président Woodrow Wilson à l'égard des Etats de l'Amérique du Sud. Mais tous ces efforts conduisaient à instaurer un véritable interventionisme, peu compatible avec la souveraineté interne des Etats. A l'heure actuelle, le Pacte de la S. D. N., le Pacte Briand-Kellog et le Traité des Neuf Puissances de 1922, sans songer à maintenir le *statu quo* à l'intérieur des Etats, ont pour but d'empêcher l'immixtion étrangère dans les affaires intérieures des Etats et les mouvements sécessionnistes fomentés dans un pays grâce au

1. Moore, *International Arbitrations*, 1898, p. 3491.

2. Hans Herz, *op. cit.*, in *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1936, p. 582.

concours militaire ou financier de l'Etranger. Ce légitimisme est d'une moralité internationale incontestable. Il a été exprimé en termes excellents dans la doctrine de Stimson, au moment du conflit sino-japonais de 1931-1933¹. On se souvient qu'à la suite d'une agression illécite du Japon, la province de Mandchourie fut détachée de la Chine pour former sous le nom de Mandchoukouo un Etat indépendant contrôlé pratiquement par le Japon. « On se trouvait en présence d'une séparation effectuée avec l'appui de l'Etranger, équivalant à une véritable annexion violente quant à son illégalité. »² La déclaration américaine confirmée à l'Assemblée de la S.D.N. le 24 février 1933 a affirmé le principe de la non-reconnaissance des traités ou accords qui sont en contravention avec le Pacte. La doctrine de Stimson va plus loin. Elle étend la règle de la non-reconnaissance à toutes les situations internationales dues à des moyens contraires aux engagements pris dans le Pacte. Elle exclut de la sorte la possibilité de reconnaissance *de facto*.

Cette doctrine est d'une inspiration juridique élevée, mais elle se heurte à la réalité des faits. L'Etat du Mandchoukouo demeure malgré Genève. On pourrait même considérer comme une reconnaissance tacite de cet Etat nouveau par l'U.R.S.S. la vente du chemin de fer de la Chine Orientale par la Russie au Mandchoukouo. Plus près de nous, dans un laps de temps relativement réduit, l'empire italien d'Ethiopie, le Gouvernement du Général Franco seront reconnus par la majorité des Etats : les nécessités de la vie internationale veulent, en effet, que l'on s'accommode de ce que l'on n'a pu ou de ce que l'on n'a pas voulu empêcher.

Le Droit international ne pourrait substituer au principe de l'effectivité le principe de la légalité que si la communauté internationale était disposée dans une certaine mesure à empêcher que certaines situations s'établissent ou de rétablir l'ordre légal troublé par la vio-

1. V. Quincy Wright, in *American Journal of international Law*, 1932, p. 342 et suiv.; 1933, p. 509 et suiv.

2. Herz, *op. cit.*, p. 584.

lence. Point n'est besoin de faire appel à cette idée d'une milice internationale que des Français éminents ont préconisée aux origines de la Société des Nations. Il suffit de se pénétrer de la pensée de Pascal, que la puissance sans la justice est tyrannique, mais que la justice sans la force est impuissante.

CONCLUSION

Telle est dans ses grandes lignes, la condition juridique des personnes physiques et morales avant leur naissance. Certes, nous sommes loin d'avoir épuisé le sujet, et notamment les indications que nous avons données sur la constitution des personnes morales de Droit privé, de Droit public et de Droit international public, ont été, à cet égard, plutôt brèves.

Mais ces questions sont étudiées d'une manière approfondie dans des ouvrages spéciaux que cet *Essai* ne saurait remplacer. Notre but a été simplement de montrer que la personnalité juridique de l'être humain et de toute entité morale ne naissait pas de rien. Antérieurement à la naissance, la personne humaine a un statut. Et il en est de même pour les personnes morales avant leur constitution.

Si, d'autre part, nous avons étudié dans les pages précédentes des réalités juridiques dont la parenté intime est matérialisée par le titre général donné à cet *Essai*, nous croyons cependant avoir mis en lumière l'autonomie relative de ces réalités diverses. Les règles concernant les personnes physiques non conçues ne sauraient être étendues en bloc aux personnes morales futures. Enfin, les personnes morales futures de Droit public et international public obéissent à des règles spéciales.

Cet essai est donc plus une analyse qu'une synthèse. Un rappel des solutions et des distinctions que nous avons admises suffira pour vérifier la vérité de cette assertion.

1° En ce qui concerne l'enfant conçu, nous avons vu que ce n'était pas une personne future : il est déjà doué de la vie et le Droit le considère comme né, dans la mesure où son intérêt l'exige. En Droit romain, cette règle juridique s'exprimait dans une maxime consacrant une fiction : « *Infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis ejus agitur.* » Le Code civil, dans le libellé des articles 725, 906 et 961 a heureusement écarté toute idée de fiction : l'enfant conçu est une réalité naturelle qui se suffit à elle-même et dont le Droit doit tenir compte. Quant au fait que la personnalité de l'enfant conçu ne peut être invoquée contre lui, c'est l'expression d'un principe de Droit supérieur, aux termes duquel un acte ou un fait juridique ne peuvent nuire aux tiers qui y sont restés étrangers. La maxime *infans conceptus* doit donc être considérée comme une simple formule explicative.

La protection de la vie et de la santé de l'enfant conçu est organisée par le Droit pénal et la législation industrielle. D'autre part, cet être juridique a également un état civil : une nationalité et une parenté. Il lui est possible d'avoir un patrimoine, à la condition qu'il naisse vivant et viable. Il peut enfin se voir désigner un protecteur spécialement chargé de veiller à sa personne et à ses intérêts.

2° La notion de personne physique future a été soigneusement distinguée de la notion de personne indéterminée : une personne physique future, c'est-à-dire un « enfant à naître », un « non-conçu », dont on indique le nom du père est parfaitement déterminée. L'expression « personne incertaine » en Droit moderne ne correspond par ailleurs à aucune réalité juridique distincte. Il reste que *l'incertitude* quant à l'existence éventuelle des personnes futures permet de les qualifier de personnes *incertaines*. Mais cette incertitude est susceptible de degrés. Elle est réduite au minimum lorsque peut jouer la loi des grands nombres, c'est-à-dire lorsque le droit éventuel est constitué au profit d'une collectivité

de personnes futures dont le cercle peut s'élargir jusqu'à embrasser l'ensemble des êtres à venir composant la nation de demain.

Il appartient en principe au Droit public de régler la condition de l'ensemble des personnes futures, de protéger leur vie éventuelle en réprimant la propagande anticonceptionnelle, de protéger leur santé par une législation d'hygiène sociale, de sauvegarder leur condition économique en veillant à la conservation du patrimoine national, de réserver leur liberté politique en ne tolérant aucune aliénation de la souveraineté nationale : il ne doit pas y avoir d'empiétement du passé sur l'avenir.

En ce qui concerne les facultés du Droit privé, les personnes futures ne doivent pas *a priori* en être exclues. On se heurte, il est vrai, aux dispositions des articles 725 et 906 du Code civil écartant les non-conçus du champ des successions et des dispositions à titre gratuit, sauf dans certains cas spéciaux limitativement énumérés : institution contractuelle, donation de biens présents et à venir, conventions matrimoniales, substitutions et contrats dans le cadre de l'article 1122 du Code civil.

Mais en remontant brièvement aux sources historiques, nous avons pu constater que dans l'ancienne France, la capacité des non-conçus était la règle en matière de legs, de libéralités avec charge, de stipulation pour autrui. Elle était admise par l'unanimité des auteurs à l'exception de Nicolas Duval, par une jurisprudence établie par maints arrêts, par le législateur enfin, puisque l'ordonnance de 1731, celle de 1735 n'apportaient à ce principe que des exceptions limitées. Ni l'article 725, ni l'article 906, ni enfin les travaux préparatoires ne permettent de supposer que le législateur du Code civil ait voulu rompre avec cette tradition constante. Les articles 725 et 906 doivent donc être interprétés restrictivement.

Mais alors est-il rationnel d'accorder des droits à des êtres qui n'existent pas ? Oui, si l'on admet que le droit est un *intérêt* juridiquement protégé. La *volonté* dont sont privées les personnes futures est nécessaire tout au

plus pour la mise en œuvre du droit. On peut donc concevoir logiquement qu'un intérêt futur puisse être dans certains cas protégé et même personnifié et élevé au rang de sujet de droit.

Au point de vue technique on ne saurait admettre qu'une personne future puisse être titulaire d'un droit réel, mais en revanche on pourra stipuler à son profit un droit de créance. C'est la stipulation pour autrui qui sera en la matière le meilleur instrument pour faire naître des droits éventuels au profit de personnes futures. D'une manière générale les non conçus pourront être bénéficiaires d'une charge accompagnant une libéralité adressée à une personne présente.

D'autre part, si une personne future ne saurait de toute évidence être personnellement partie à une convention, il sera néanmoins possible pour les tiers de se comporter en gérants d'affaires à leur profit puisque dans ce cas des obligations prendront naissance sans convention. Nous avons admis pour la même raison que l'on pouvait se porter fort pour une personne future. En ce qui concerne l'engagement par volonté unilatérale envers des personnes futures, nous avons vu qu'il n'aura de valeur obligatoire que dans la mesure où des personnes présentes ont pu également en tenir compte.

Les droits stipulés au profit des personnes futures seront d'ailleurs des droits purement éventuels qu'elles pourront revendiquer dès leur naissance, mais *sans rétroactivité*.

Nous avons pu constater ensuite que la théorie moderne des personnes futures intervenait dans les catégories juridiques suivantes : libéralité avec charge, assurance sur la vie, clause de continuation en matière de sociétés civiles et commerciales, conventions collectives de travail, assurances contre les accidents, cautionnement des fonctionnaires, concessions de services publics, droit des sociétés.

3° Dans la sphère des personnes morales futures de droit privé, nous avons insisté sur cette idée maîtresse que l'on ne devait pas appliquer aux personnes morales

en voie de formation l'adage *infans conceptus*, mais que l'on ne devait pas davantage faire application à leur encontre des règles de l'article 906 du Code civil relative aux non-conçus. En revanche, la capacité reconnue aux personnes physiques non-conçues en matière de libéralités avec charge, de stipulation pour autrui, de gestion d'affaires, de clause de porte-fort, d'engagement par volonté unilatérale devait être accordée aux personnes morales futures.

Après avoir montré, suivant en cela d'excellents auteurs, que les personnes morales, centres d'intérêts juridiquement protégés, nés d'un concours de volontés, ne jouissaient de la personnalité juridique que dans leurs rapports avec les tiers et qu'il n'y avait de personnalité morale qu'externe, nous nous sommes penchés successivement sur la vie interne et sur la vie externe des personnes morales futures.

L'étude de la vie interne des personnes morales futures nous a permis d'arriver à cette conclusion que la création d'une société, d'une association, d'une fondation reposait sur une *convention*. Certes, en ce qui concerne les fondations, notre thèse n'a rien de classique ; mais nous la croyons exacte, si l'on précise qu'il s'agit d'une convention de droit public passée entre le disposant et l'Etat.

Nous avons par ailleurs énergiquement repoussé toutes les thèses institutionnelles tendant à expliquer la constitution des sociétés par actions. Selon nous, chaque futur actionnaire, en signant son bulletin de souscription se lie d'une part envers les fondateurs agissant comme gérants d'affaires de la personne morale à venir, par une promesse d'achat des actions de la future société et d'autre part envers les autres souscripteurs, momentanément indéterminés, par une promesse de société. Ces promesses de société multiples feront place à un contrat lorsque la société par actions sera définitivement constituée.

Nous avons ensuite constaté que les personnes morales futures avaient nécessairement une vie externe. Des actes juridiques urgents devaient être accomplis dans

certain cas par les fondateurs dans l'intérêt de la société en formation et nous sommes arrivés à cette conclusion qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir la théorie d'après laquelle la personne morale avant sa constitution avait déjà une certaine personnalité juridique. Nous avons alors essayé d'établir que l'on pouvait se porter gérant d'affaires d'une personne morale future dans la mesure où son existence éventuelle avait été admise dans le champ contractuel, et que les fondateurs avaient précisément qualité pour assumer cette gestion.

4° Nos explications sur les personnes morales futures du Droit public interne furent relativement brèves. Examinant successivement le problème de la naissance de l'Etat et celui de la création des personnes morales territoriales et des services publics spéciaux, nous sommes arrivés à cette double conclusion que la personnalité de l'Etat commençait avec son existence de fait ; mais que toutefois la validité des actes accomplis au cours de la constitution de l'Etat devait être appréciée par le juge interne en fonction du succès final.

D'autre part, sous réserve de ce que nous avons dit au sujet des sections de communes, la personnalité des personnes territoriales et des services publics spéciaux commençait au moment de la promulgation de l'acte législatif et quelquefois de l'acte réglementaire prescrivant leur création. Nous avons même vu que pour les établissements publics l'existence de droit précédait l'existence de fait.

La condition des personnes morales futures du Droit international public a fait l'objet de développements plus longs. Nous avons d'ailleurs simplement examiné la notion de personne future dans ses rapports avec les phénomènes juridiques précédant la naissance des seuls Etats, parmi les sujets du Droit international public.

Nous avons rappelé, en abordant le problème de la reconnaissance de nations que la nation préexistait à l'Etat, qu'elle en était la substructure et qu'il convenait d'admettre la capacité de l'entité nationale antérieure à sa constitution en Etat indépendant.

Passant alors à l'étude des effets de la reconnaissance internationale nous avons établi que ces effets étaient différents suivant que la question de la reconnaissance se posait pour le juge tiers ou pour le juge international. Au regard du juge tiers, l'Etat non reconnu n'avait pas de personnalité internationale. Bien plus, si le gouvernement nouveau d'un Etat déjà reconnu n'était pas reconnu par les autres Etats, il se produisait une véritable interruption de la personnalité internationale de cet Etat. Par contre, le juge international, pour accorder ou refuser la personnalité internationale à un Etat, la capacité internationale à un gouvernement, devait tenir compte exclusivement de leur existence de fait.

Ainsi donc l'enfant conçu et les différentes catégories de personnes futures n'obéissent pas à des règles juridiques identiques. Ces règles sont au contraire multiples et nuancées. Nous les avons analysées successivement en nous attachant à ne pas les confondre. Les synthèses, les rapprochements, les raisonnements par analogie sont souvent séduisants, mais ils risquent d'être superficiels.

Un penseur que nous avons cité plus d'une fois au cours de cet essai a dit : « A mesure qu'on a plus d'esprit, on trouve qu'il y a plus d'hommes originaux ». Si nous ne craignons de « faire l'ange », nous écrivions que c'est dans la même mesure que l'on trouve qu'il y a plus de choses originales.

Vu :

Le Doyen,

Edgard ALLIX

Vu, bon à imprimer :

Le Président,

NIBOYET

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

HOUSSY

BIBLIOGRAPHIE

N. B. — Nous avons préféré donner une bibliographie complète mais distincte pour chacune des parties de notre essai. Que l'on veuille bien, dès lors, excuser les oublis et les redites, inévitables.

INTRODUCTION

- ALCALA-ZAMORA (Niceto) — *Le pouvoir juridique sur ce qui est au delà de la vie*, Paris, Sirey, 1933.
- BERNATZIK. — *Kritische Studien über den Begriff des Juristischen Person*, *Archiv für Öffentlich Recht*, 1890.
- BIERLING — *Juristische Prinzipienlehre*.
- CAPITANT (Henri) — *Introduction à l'étude du Droit civil*, Paris, Pichone, 4^e éd., 1922.
— *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires, 1936.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT D'É LA MORANDIÈRE. — *Cours de Droit civil*, Paris, 1935 (3 vol.).
- DEMOGUE (René). — *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, 1911.
— *Traité des obligations en général*. Paris, Rousseau, 1923.
- DUGUIT (Léon) — *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.
- GÉNY (François). — *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq 1899.
— *Science et technique en Droit privé positif*, Paris, Sirey, 1927-1930.
- IHERING. — *L'esprit du Droit romain*, traduction de Meulenaere, Paris, 1886, Marescq.
- PICARD (Edmond). — *Le Droit pur*, Bruxelles et Paris, 1899.
- RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1934.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, Librairie Générale de Droit, 3 vol. in-8°, 12^e éd., 1932.
- SALEILLES (Raymond). — *De la personnalité juridique*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1922.
- TARDE (Gabriel). — *Les transformations du Droit*, Paris, Alcan, 1894.
- TIMBAL. — *La condition juridique des morts*, thèse Toulouse, 1903.

LIVRE PREMIER

PREMIÈRE PARTIE

L'ENFANT CONÇU

A. Auteurs.

- ALBERTARIO — « Conceptus pro jam nato habetur », in *Bolletino dell' Istituto di Diritto Romano*, 1923, p. 1 et suiv.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 1897-1922, 6^e éd. par E. Bartin, 1935 (2 vol. parus).
- BALTHAZARD. — *Une plaie sociale : les avortements criminels*. Préface de Paul Strauss. Avis de Le Poittevin, Paris, 1912
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de Droit civil*.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours de Droit civil* (3 vol.), Paris, 1935.
- CAPITANT (Henri). — *Introduction à l'étude du Droit civil*, Paris, Pedone, 4^e éd., 1922.
- Corpus Juris Civilis*.
- CUQ (Edouard). — *Les institutions juridiques des Romains*, 2 vol., Paris, 1891-1902.
- DEMANTE. — *Cours analytique du Code civil*; continué depuis l'art. 930 par Colmet de Santerre, Paris.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil*, Paris, 1845-1882.
- DUCHARME (César). — *L'avortement*, Paris, Editions Soc. Intern., 1933.
- DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil*, Paris, 1825-1842.
- Grande Encyclopédie*.
- FRANÇOIS (J.). — « Contribution à l'étude de la personnalité », in *Revue générale du Droit*, 1931.
- GÉNY (François). — *Science et technique en Droit privé positif* Paris, Sirey, 1927-1930.
- GIRARD (Paul-F.). — *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris, A. Rousseau, 8^e éd. par Félix Senn, 1929.
- *Textes de Droit romain publiés et annotés*, Paris, Rousseau, 6^e éd., par Félix Senn, 1937.
- GOBLOT. — *Vocabulaire philosophique*, Paris, Alcan.
- GUYOT. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Ville, 1784-1785.
- HUVELIN. — *Cours élémentaire de Droit romain*, Paris, Sirey, 1927-1929.
- IHERING. — *L'esprit du Droit romain*, traduction O. de Meulenaere, 3^e éd., Paris, 1886.
- LALOU (René). — *Etude de la maxime Infans Conceptus en Droit français*, thèse, Paris, 1904.

- LAURENT. — *Cours élémentaire de Droit civil*, Paris, 1878.
 — *Principes de Droit civil français*, Bruxelles et Paris, 1878.
- LECOQ (Lucien). — *De la fiction comme procédé juridique*.
- LOCRE. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827-1832.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Paris, Guarnery, 1827-1828.
- MOMMSEN et MARQUARDT. — *Manuel des antiquités romaines*, t. XVII et XVIII, Paris, E. Thorin, 1887-1907.
- NIBOYET (J.-P.). — *Manuel de Droit international privé*, Paris, Sirey, 1928.
- ORTOLAN. — *Explication historique des Institutes de Justinien*, Paris, 1883, 12^e éd. par Labbé.
- Pandectes Françaises*. — Nouveau Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence, Paris, Chevalier-Marescq, 1886-1910.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., Paris, Librairie Générale du Droit, 12^e éd., 1932.
 — *Traité pratique de Droit civil français*. Paris, Librairie Générale du Droit, 1925-1934.
- PLUTARQUE — *Vie des Hommes illustres*.
- RAITER (Michel-M.). — *Avortement criminel et dépopulation*, Paris, Dalloz, 1925, 2^e éd., avec une préface de M^e Maurice Garçon.
- SCHEIL (V.). — *La loi d'Hammourabi*, Paris, 1904.
- TACITE — *Annales*.
- TERTULLIEN. — *Apologétique*.
- TIMBAL. — *La condition juridique des morts*, thèse, Toulouse, 1903.

B. Périodiques et Revues.

- Dalloz. *Jurisprudence générale*. — Recueil périodique et Dalloz hebdomadaire.
- Gazette du Palais*.
- Gazette des Tribunaux*.
- Pandectes Françaises chronologiques*.
- Revue Trimestrielle de Droit civil*.
- Semaine Juridique*.
- Sirey chronologique*.

DEUXIÈME PARTIE

LES PERSONNES NON CONÇUES

A. Auteurs.

- D'AGUESSAU. — *Œuvres*, Paris, 1787-1789 (13 vol.).
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 1897-1922, 6^e éd. par E. Bartin, 1935 (2 vol. parus).

- AUROUX DES POMMIERS. — *Coutumes générales et locales du pays et duché de Bourbonnais*, avec le Commentaire, Paris, 1732.
- BALLEYDIER (L.) et CAPITANT (H.). — « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 517-582.
- BASNAGE (Henri). — « Commentaires sur la Coutume de Normandie », in *Œuvres complètes*, Rouen, 1778.
- BÉRAULT. — *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, Rouen, 1776.
- BOULANGER (Jean). — *La promesse de porte-fort*, thèse, Caen, 1933.
- BRISAUD. — *Manuel d'histoire du Droit privé*, Paris, De Boccard, 1935.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours de Droit civil* (3 vol.), Paris, 1935.
- Corpus juris civilis.*
- DELAMAIN (Maurice). — *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, thèse, Paris, 1910.
- DEMANTE — *Cours analytique du Code civil.*
- DEMOGUE (René). — *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923.
- « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », in *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1905, p. 723; 1906, p. 231.
- DEMOLOMBE — *Cours de Code civil*, Paris, 1845-1882.
- ESMEIN (A.). — *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Ténin, 8^e éd. par Henry Nézard.
- FURGOLÉ (J. B.). — *Questions remarquables sur la matière des donations*. Toulouse. 1761.
- GARRAUD (René). — *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, Paris, Sirey, 1911.
- JÈZE — *Cours élémentaire de Science des Finances*. Paris, Giard, 1931
- *Les principes généraux du Droit administratif. La technique juridique*, 2^e éd, Paris. Giard.
- JOUSSE — *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771.
- HAURIOU (Maurice) — *Précis de Droit administratif*, Paris, Sirey, 12^e éd, 1933
- HOUPIN et ROSVIEUX — *Traité des Sociétés* (3 vol.).
- HOTMAN (François) — *Quaestionum Illustrium Liber*, 1673.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*
- LALOU (René) — *Etude de la maxime Infans conceptus en droit français* thèse, Paris, 1904.
- LAMBERT (Edouard). — *Alteri nemo stipulari potest. La stipulation pour autrui*, thèse, Paris, 1893, Giard.
- Larousse Mensuel*
- LA VILLETTE (Jean de). — « Commentaire de la Coutume de Péronne », in *Coutumes de Picardie*, Paris, 1726.

- LEPAULLE. — *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932.
- MAILLART (Adrien). — *Coutumes générales d'Artois*, Paris, 1756.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*.
5^e éd., Paris, Guarnery, 1827-1828.
- MOUSTIER (Yvan de). — *Dispositions au profit des personnes indéterminées et futures dans le droit français*, thèse, Rennes, 1925.
- NIBOYET (J.-P.). — *Manuel de Droit international privé*, Paris Sirey, 1928.
- Pandectes Françaises*. — *Nouveau Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, Paris, Chevalier-Marescq, 1886-1910.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., Paris, Librairie Générale du Droit, 12^e éd., 1932
— *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, Librairie Générale du Droit, 1925-1934.
- POTHIER (R.-J.). — *Traité des successions*, Paris et Orléans, 1777.
— *Traité des donations*, Paris et Orléans, 1778.
- SERRES (Claude de). — *Les institutions du Droit français*, Paris, 1771.
- TARBOURIECH. — *Des assurances contre les accidents du travail*, thèse, Besançon, 1889.
- TRUCHY (Henri). — *Cours d'économie politique*, Paris, Sirey 4^e éd., 1936.
- TROPLONG. — *Droit civil expliqué*, Paris, 1833-1835.
- VALIN (R. J.). — *Nouveau Commentaire sur la Coutume de La Rochelle et du pays d'Aunis*, La Rochelle, 1756, 3 vol.

B. Périodiques et Revues.

- Dalloz. — *Recueil périodique et Dalloz hebdomadaire*.
Gazette du Palais.
Pandectes Françaises Chronologiques.
Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.
Revue Critique.
Revue Trimestrielle de Droit civil.
Semaine Juridique.
Sirey Chronologique.

LIVRE DEUXIEME

PREMIÈRE PARTIE

A. Auteurs.

- AUERBACH. — *Das Gesellschaftswesen*, 1861.
- BOISTEL (A.). — « La conception des personnes morales », Genève, H. Kundig, 1904, in *Mélanges Hauriou*.

- CAMERLYNCK. — *La loi anglaise de 1929 sur les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1930.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours de Droit civil*, Paris, 1935.
- DALSACE (André). — « Les modifications apportées au droit des sociétés par actions par le décret-loi du 31 août 1937 », in *Revue des Sociétés*, 1937, p. 297.
- DERNBURG. — *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, 2 vol., Halle, 1894-1897.
— *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, Bd. I, Halle, 1902.
- DIETZ (G.). — « La nouvelle législation allemande sur les sociétés par actions », in *Journal du Droit international privé*, 1937, p. 265.
- DOLBEAU. — « Période constitutive des personnes morales. Naissance de l'être moral », in *Gaz. des Soc.*, 1923, p. 373 et s.
- GOIFFON. — *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse, Paris, 1898.
- HAHN. — *Ueber die aus Zeichnung von Aktien hervorgetenden Rechtsverhältnisse*, 1874.
- HAURIQU. — *L'institution et le Droit statutaire*, Toulouse, 1906.
— *Principes de Droit public*, Paris, 1916.
- HÉMAR. — *Traité théorique et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, Paris, Sirey, 1912.
- HOUPIN (Ch.) et BOSVIEUX (H.). — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 vol., Paris, 1935.
- JACQUIER. — *Des congrégations religieuses*.
- KUNTZE. — *Der Gesamttakt ein neuer Rechtsbegriff Festgabe der Leipziger Juristen fakultät für Dr Otto Müller*, Leipzig, 1892.
- LABAND. — In *Z f d g H R*, t. VII. 1864 p. 620 et s.
- LESCOT (Pierre). — *De la période constitutive des personnes morales de droit privé*, thèse Dijon, 1913, Paris, Rousseau.
- LÉVY-ULLMANN (H.) et GRUNEBaum-BALLIN (Paul). — « Essai sur les fondations par testament », in *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1904.
- LACOUR (Léon) et BOUTERON (Jacques). — *Précis de Droit commercial*, Paris, Dalloz, 1925.
- LYON CAEN (Ch.) et RENAULT (Louis). — *Manuel de Droit commercial*, Paris, 15^e éd., avec André Amiaud, 1928.
- MARGUERIE. — « Etudes sur les libéralités faites aux établissements non reconnus », in *Revue Critique*, 1878, p. 525.
- MASSARD. — *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse, Rennes, 1901.
- MICHOUD (L.) et TROTABAS (Louis). — *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1932.

- NIBOYET (J.-P.). — *Manuel de Droit international privé*, Paris, Sirey, 1928.
- PIC (Paul). — *Des sociétés commerciales (Traité général de Droit commercial de E. Thaller)*, Paris, Rousseau, 1925.
- PILLET (A.). — *Des personnes morales en Droit international privé*.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., Paris, Librairie Générale du Droit, 12^e éd., 1932.
- *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, Librairie générale du Droit, 1925-1934.
- Répertoire général du Droit français Fuzier-Herman.*
- Répertoire de Droit international* (de La Pradelle et J.-P. Niboyet).
- SALEILLES. — *De la personnalité juridique*.
- STREICHENBERGER. — *Sociétés anonymes de France et d'Angleterre*, Paris, Giard, 1933.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, Paris, Rousseau, 1931.
- TISSIER (A.). — *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique*, Paris, 1896.
- WIEDEMANN — *Beitrag zur Lehre von der idealen verein*, Zurich, 1908.
- ZERAFA. — *Des souscripteurs d'actions de sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1901.

B. Périodiques et Revues.

- Annales de Droit commercial.*
- Dalloz.* — Recueil périodique et Dalloz hebdomadaire.
- Gazette des Tribunaux.*
- Gazette du Palais.*
- Gazette des Sociétés.*
- Journal des Sociétés.*
- Revue Juridique d'Alsace Lorraine.*
- Revue de Droit bancaire.*
- Revue des Sociétés*
- Revue Trimestrielle de Droit civil.*
- Semaine Juridique.*
- Sirey Chronologique.*

DEUXIÈME PARTIE

A. Auteurs.

- ANZILOTTI (Dionisio). — *Cours de Droit international public*, t. I et II, Sirey, Paris, 1929.
- BECQUET. — *Répertoire général du Droit administratif.*
- BUSTAMANTE Y SIRVEN (A.). — *Droit international public*. Traduction Paul Goulé, Paris, Sirey, 1934.
- FAUCHILLE (Paul). — *Traité de Droit international public*, Paris, 1922.

- GÉRARD. — *Des créations de communes*, Paris, 1880.
- GIDEL (Gilbert). — « Quelques idées sur la condition internationale de la Papauté », in *Revue générale de Droit international public*, 1911, p. 604.
- HERZ (Hans). — « Le problème de la naissance de l'Etat et la décision du Tribunal Arbitral Mixte germano-polonais du 1^{er} août 1929 », in *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1936, p. 564.
- LAPRADELLE (A. DE) et POLITIS. — *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1923.
- LENORMAND. — *De la reconnaissance internationale et de ses diverses applications*, thèse, Paris, 1899.
- MICHOUD (Léon) et TROTABAS (Louis). — *Théorie de la personnalité morale*, Paris, 1932.
- MOORE. — *A Digest of International Law*, 1906.
— *International Arbitrations*, 1898.
- MORGAND (Léon). — *La loi municipale*, 10^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1923.
- NIBOYET (J.-P.). — *Manuel de Droit international privé*, Paris, 1928.
- NOEL-HENRY. — *Les gouvernements de fait devant le juge*, thèse, Paris, 1927.
- PALLADORE-PALLIERI (G.). — « Quelques aspects juridiques de la non-intervention en Espagne », in *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1937, p. 285.
- STRUPP (Karl). — *Eléments de Droit international public*, Paris. Editions internationales, 1930, t. I.
- VISSCHER (Charles de). — « Les gouvernements étrangers en justice », in *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1922, p. 149.
- VITTA (Cino). — « Les personnes morales de Droit public en France et en Italie » in *Mélanges Hauriou*, 1929.
- WRIGHT. — « Suits brought by Foreign States with unrecognized governments », *American Journal of International Law*, 1923, p. 742.

B. Périodiques et Revues.

- American Journal of International Law*.
Dalloz. — Recueil périodique et Dalloz hebdomadaire.
Federal Reporter.
Journal du Droit international privé, *Clunet*.
Law Reports.
Revue critique de Droit international.
Revue générale de Droit international public.
Revue de Droit international et de législation comparée.
Revue de Droit international privé.
United States Reports.

TABLE DES MATIÈRES

Page^s

Introduction	1
--------------------	---

LIVRE PREMIER

La condition des personnes physiques avant leur naissance.

PREMIERE PARTIE

L'ENFANT CONÇU

Titre premier. — La maxime « infans conceptus »	28
Titre II. — La protection de la vie et de la santé de l'enfant conçu	39
Titre III. — La condition de l'enfant conçu en Droit civil	53
<i>Chapitre premier. — La période légale de la conception.</i>	54
<i>Chapitre II. — L'état de l'enfant conçu.</i>	63
Section I. — La nationalité de l'enfant conçu	63
Section II. — La parenté de l'enfant conçu	70
<i>Chapitre III. — Le patrimoine de l'enfant conçu. Règle générale.</i>	92
Section I. — Sens du principe	93
Section II. — Applications du principe	101
§ 1. — Droit de succession	101
§ 2. — Dispositions à titres gratuits	103
§ 3. — Stipulation pour autrui	113
§ 4. — Droits de créance	115
§ 5. — Droits dynastiques	118
<i>Chapitre IV. — La représentation de l'enfant conçu.</i>	120

DEUXIEME PARTIE

LES PERSONNES NON CONÇUES

Titre premier. — Les personnes futures en Droit public.	130
1° La loi et les personnes futures	130
2° La protection des personnes futures en Droit pénal	132
3° La protection de la santé des personnes futures	139
4° La protection économique des personnes futures	142
5° La protection des personnes futures en Droit constitutionnel	145
A. La monarchie et les personnes futures	145
B. La démocratie et les personnes futures	146
Titre II. — Les personnes futures en Droit privé.	156
<i>Chapitre premier. — Le Droit romain et l'ancien Droit</i>	157
Section I. — Le Droit romain	157
§ 1. — Les personnes futures de droit	158
§ 2. — Les personnes futures de fait	161
Section II. — L'ancien Droit	164
§ 1. — Les successions <i>ab intestat</i>	164
§ 2. — Le retrait lignager	170
§ 3. — Dispositions testamentaires	171
§ 4. — Donations entre vifs	174
§ 5. — Stipulation pour autrui	175
<i>Chapitre II. — Les personnes futures dans le Code civil.</i>	178
Section I. — Portée de l'incapacité des êtres à venir	178
§ 1. — Successions <i>ab intestat</i>	178
§ 2. — Dispositions à titre gratuit	179
A. Testaments	179
B. Donations entre vifs	182
C. Sanction de l'incapacité édictée par l'article 906	184
Section II. — La capacité des êtres à venir dans le Code civil	186
§ 1. — L'institution contractuelle ou donation de biens à venir	186
§ 2. — La donation de biens présents et à venir	190
§ 3. — Conventions matrimoniales	193
§ 4. — Substitutions	194
§ 5. — Contrats	198
<i>Chapitre III. — La théorie moderne des personnes futures.</i>	201
Section I. — Théorie générale	201
§ 1. — Fondement	203
§ 2. — Le point de vue technique	209

Section II. — Les applications pratiques.....	217
§ 1. — La libéralité avec charge.....	217
§ 2. — L'assurance sur la vie.....	223
§ 3. — La « clause de continuation » au profit des enfants nés et à naître de l'associé.....	236
§ 4. — Les personnes futures et la législation industrielle.....	245
A) La convention collective de travail.....	246
B) L'assurance contre les accidents.....	253
§ 5. — Le cautionnement des fonctionnaires.....	260
§ 6. — Les concessions des services publics et les personnes futures.....	262
§ 7. — Les personnes futures dans le droit des sociétés.....	271
<i>Appendice.</i> — Remarques sur les personnes physiques futures en droit comparé.....	279

LIVRE SECOND

La condition des personnes morales avant leur naissance.

PREMIERE PARTIE

LES PERSONNES MORALES FUTURES DE DROIT PRIVE

Titre premier. — Généralités.....	283
<i>Chapitre premier. — La notion de personne morale.....</i>	<i>284</i>
<i>Chapitre II. — La naissance de la personne morale.....</i>	<i>294</i>
A) Les associations.....	294
B) Les sociétés par intérêt.....	300
C) Les sociétés par actions.....	305
D) Les fondations.....	310
<i>Chapitre III. — La « conception » des personnes morales.....</i>	<i>315</i>
§ 1. — Le début de la « conception » des personnes morales....	315
§ 2. — La durée de la « conception » des personnes morales....	319
§ 3. — Conception des personnes physiques et « conception » des personnes morales.....	322
Titre II. — La vie interne des personnes morales futures.....	327
<i>Chapitre premier. — Des rapports juridiques entre les fondateurs....</i>	<i>329</i>
Section I. — Les associations.....	329
Section II. — Les sociétés par intérêt.....	331
Section III. — Les sociétés par actions.....	331
Section IV. — Les fondations.....	335

<i>Chapitre II. — Des rapports des fondateurs avec les membres de la personne morale future.....</i>	340
§ 1. — Les associations	341
§ 2. — Les sociétés par actions.....	341
§ 3. — Les fondations	346
<i>Chapitre III. — Des rapports existants entre les membres éventuels de la personne morale future.....</i>	350
Section I. — Les associations.....	350
Section II. — Les sociétés par intérêt	353
Section III. — Les sociétés par actions.....	354
A) Les faits	355
B) Les théories	356
a) La thèse institutionnelle.....	3 6
b) Les thèses contractuelles.....	359
Titre III. — La vie « externe » des personnes morales futures	370
<i>Chapitre premier. — Les rapports des fondateurs avec la personne morale future.....</i>	372
<i>Chapitre II. — La personne morale future et les tiers.....</i>	379
Section I. — Les associations.....	379
a) Dispositions à titre gratuit.....	380
b) Responsabilité civile.....	385
c) Autres hypothèses.....	388
Section II. — Les sociétés par intérêt.....	389
Section III. — Les sociétés par actions.....	392
§ 1. — Les actes juridiques passés par les fondateurs avec les tiers	392
§ 2. — La qualité prise par les fondateurs.....	394
a) Les fondateurs ont agi au nom de la société comme si elle était définitivement constituée.....	394
b) Les fondateurs ont agi au nom de la société sous la condition suspensive de sa constitution définitive.....	397
c) Les fondateurs ont agi en leur nom propre.....	399
d) Les fondateurs, gérants d'affaires de la société en formation	400
α) La théorie générale.....	400
β) Les applications de la théorie de la gestion d'affaires....	406
1 ^{er} cas. — Le projet de formation de la société n'aboutit pas	406
2 ^e cas. — Le projet de formation de la société aboutit, mais la société refuse de ratifier la gestion.....	410
3 ^e cas. — La société est constituée et ratifie la gestion....	411
Section IV. — Les fondations.....	417

<i>Appendice. — Remarques sur les personnes morales futures en Droit comparé et en Droit international privé.....</i>	426
§ 1. — Les sociétés en Droit comparé.....	426
A) Angleterre.....	426
B) Allemagne.....	429
C) Suisse.....	431
§ 2. — La condition des sociétés étrangères en France.....	433
§ 3. — Les associations en Droit comparé.....	434
A) Angleterre.....	434
B) Allemagne.....	434
C) Suisse.....	435
§ 4. — Les fondations en Droit comparé.....	436
A) Angleterre.....	436
B) Allemagne.....	436
C) Suisse.....	426
§ 5. — La condition des associations et des fondations étrangères en France.....	437
<i>Appendice II. — La réforme de l'article 906 du Code civil....</i>	439

DEUXIEME PARTIE

**LES PERSONNES MORALES FUTURES DU DROIT PUBLIC
ET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**

Titre premier. — Les personnes morales futures du Droit public interne.....	444
<i>Chapitre premier. — L'Etat, personne future.....</i>	445
§ 1. — La personnalité de l'Etat.....	445
§ 2. — La naissance de l'Etat.....	447
<i>Chapitre II. — Les services publics territoriaux et la notion de personne future.....</i>	451
<i>Chapitre III. — Les établissements publics et la notion de personne future.....</i>	460
Titre II. — Les personnes morales futures du Droit international public.....	465
<i>Chapitre I. — La théorie classique de la reconnaissance.....</i>	468
Section I. — La reconnaissance d'Etat et de gouvernement.....	468
Section II. — De certains types spéciaux de reconnaissance.....	472
§ 1. — La reconnaissance de nations.....	472
A) Tchécoslovaquie.....	473
B) Pologne.....	475
C) Palestine.....	476
§ 2. — La reconnaissance de belligérance.....	478
§ 3. — La reconnaissance d'insurrection.....	482

<i>Chapitre II. — Les tendances de la doctrine moderne</i>	483
Section I. — La reconnaissance des Etats et des gouvernements devant le juge tiers	485
§ 1. — Le défaut de reconnaissance	485
§ 2. — Les effets de la reconnaissance internationale	491
Section II. — La reconnaissance des Etats et des gouvernements devant le juge international	497
§ 1. — La reconnaissance a été accordée	499
§ 2. — La reconnaissance a été refusée	502
Conclusion	507
Bibliographie	515

